

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

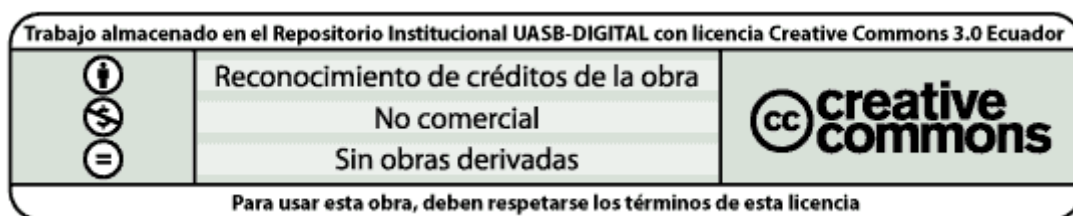
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre
competencia en los procedimientos de Régimen Especial
realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional
de Contratación Pública**

Liz Tatiana Bonilla Guerrero

Quito, 2015



Yo, Liz Tatiana Bonilla Guerrero, autora de la tesis intitulada “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución, durante 36 meses a partir de mi graduación pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en la red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 20 de agosto de 2015.

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho
Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los
procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica
del Sistema Nacional de Contratación Pública**

Autora: Liz Tatiana Bonilla Guerrero
Directora: Inés María Baldeón Barriga

Quito, 2015

Resumen

La Constitución del año 2008 establece que uno de los deberes primordiales del Estado es la planificación del desarrollo nacional, que tiene como propósito a corto, mediano y largo plazo, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para de esta forma acceder a lo que se ha denominado como el *buen vivir*. Para su realización y consecución el denominado *Régimen de Desarrollo*, contiene normas que guardan concordancia con algunos aspectos fundamentales como son el sistema económico y las políticas económica, fiscal y comercial; y los intercambios económicos y comercio justo que integran las compras públicas y la regulación y control del mercado, en el cual interactúan los proveedores de obras, bienes y servicios, tanto para el sector público como privado.

En la misma línea de pensamiento, debo mencionar que el ordenamiento jurídico ha evolucionado en relación con los preceptos constitucionales, para lo cual contamos a la fecha con relativamente reciente legislación en materia de contratación pública y derecho de la competencia. No obstante, la presente investigación pretende determinar si se aplica o no el principio de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuya naturaleza de contratación en la mayoría de los casos es directa.

Para el cumplimiento de lo anterior, primeramente se hará un repaso de la libre competencia y la evolución del derecho de la competencia en derecho comparado y lo que ha sucedido en el Ecuador, para posteriormente introducirnos en el análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Posteriormente continuaremos con el estudio de la libre competencia y la contratación pública desde la perspectiva constitucional, la confluencia de ambas ramas del derecho, y una introducción a los procedimientos de Régimen Especial. Finalmente, se profundizará en el estudio sobre aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Dedicatoria:

A Dios, por regalarme una familia con un corazón generoso e inteligencia resplandeciente.

A Jorge Luis Carrión, el amigo verdadero con quien he compartido el amor a Dios, la dulce alegría, la tristeza profunda, la lucha constante y la satisfacción de sueños cumplidos.

Agradecimientos:

A la Universidad Andina Simón Bolívar, por acogerme en sus aulas y permitirme tomar los conocimientos y enseñanzas tan preciadas.

A la maestra y amiga, doctora Inés María Baldeón, por su cariño constante, su ayuda dedicada en mi crecimiento personal y profesional, y su acompañamiento sin horario en la búsqueda de un sueño.

Tabla de contenido

Introducción	9
Capítulo primero	11
La libre competencia y el derecho de la competencia	11
1.1. Antecedentes y origen de la libre competencia.....	11
1.1.1. La libre competencia y el derecho de la competencia en derecho comparado.	11
1.1.1.1. <i>La posguerra civil norteamericana y el surgimiento de la clase empresarial.</i>	11
1.1.1.2. <i>La libre competencia en la legislación norteamericana.</i>	14
1.1.1.3. <i>La libre competencia en Europa y otros países.</i>	15
1.1.1.4. <i>La libre competencia en Latinoamérica.</i>	17
1.1.2. La libre competencia y el derecho de la competencia en el Ecuador. .	19
1.2. Breve análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.....	22
1.2.1. Antecedentes de la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.....	24
1.2.2. Objeto y ámbito de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.	27
1.2.2.1. <i>Objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.</i> 27	
1.2.2.2. <i>Ámbito de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.</i> 30	
1.2.3. Régimen de regulación y control.	31
1.2.4. Control, vigilancia, sanción y la actuación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.....	33
Capítulo segundo	36
La libre competencia y la contratación pública en la Constitución 2008	36
2.1. Introducción a la Constitución de la República del año 2008.....	36
2.1.1. El Plan Nacional del Buen Vivir.....	39
2.1.1.1. Objetivos para el Buen Vivir.	41
2.1.2. La Matriz Productiva.	43
2.2. Nuevo marco legal en materia de contratación pública frente al principio de libre competencia.	46
2.2.1. Antecedentes del Sistema Nacional de Contratación Pública y principios rectores.	49
2.2.2. Procedimientos precontractuales para la adquisición de bienes y prestación de servicios bajo Régimen Especial.	59

2.2.3. Contratación Directa.	61
2.2.4. Proceso de Selección.	73
2.2.5. Procesos de régimen especial no regulados por la LOSNCP y su normativa secundaria, o sometidos de manera supletoria y parcial.	78
Capítulo tercero	87
La competencia en el sistema nacional de contratación pública y en las compras públicas	87
3.1. ¿Las entidades públicas ostentan poder de mercado?	87
3.1.1. El Estado como Operador Económico con poder de mercado desde la Perspectiva de Proveedor.....	98
3.1.2.El Estado como Operador Económico con poder de mercado desde la Perspectiva de Comprador y su vinculación entre el derecho de la contratación pública y el derecho de la competencia.....	104
3.2. Acuerdos y prácticas restrictivas en los procedimientos de Régimen Especial realizado al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.	101
3.3. Análisis de la libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial.	107
3.3.1. La libre competencia en los procedimientos de contratación directa del Régimen Especial.	111
3.3.2. La libre competencia en los procedimientos de contratación de selección en el Régimen Especial.....	115
3.4. La libre competencia en las contrataciones por emergencia.	116
3.5. La libre competencia en los convenios de pago.....	123
3.6. La libre competencia en los contratos complementarios, variaciones e incrementos en los contratos de obras.....	130
3.7. Contratación directa por terminación unilateral de contrato.....	135
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	140
BIBLIOGRAFÍA	144

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 establece que uno de los deberes primordiales del Estado es la planificación del desarrollo nacional, que se encuentra a cargo de la Secretaría Nacional de Planificación, lo que a su vez tiene como propósito a corto, mediano y largo plazo, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para de esta forma acceder a lo que se ha denominado como el *buen vivir*.

En relación con lo anterior, el Título VI ibídem, en cuanto se refiere al denominado *Régimen de Desarrollo*, contiene normas relacionadas con la realización y consecución del buen vivir, las que guardan concordancia con algunos aspectos fundamentales como son: el *Sistema económico y política económica*, la *Política fiscal*, la *Política comercial*; y, los *Intercambios económicos y comercio justo*, que integran las compras públicas y la regulación y control del mercado, en el cual interactúan los proveedores u oferentes para la provisión de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, tanto para el sector público como privado, siendo el primero de los mencionados sectores el de nuestro interés a efectos de la investigación.

Asimismo, el artículo 52 de la misma Constitución, garantiza el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, lo que concuerda a su vez con las disposiciones de los numerales 15 y 25 del artículo 66 ibídem, en los que se garantiza el derecho a desarrollar actividades económicas conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; el acceso a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato.

No puedo dejar de mencionar que el ordenamiento jurídico ha evolucionado en relación con los preceptos constitucionales, para lo cual contamos a la fecha con reciente legislación en materia de contratación pública, así como en materia de derecho de la competencia, siendo las normas fundamentales la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); ambas normas con un mismo ámbito: responsabilidad social.

Si bien la nueva normativa de contratación pública fue promulgada previo a la expedición de la Constitución de Montecristi, la Asamblea Nacional Constituyente

basó su motivación en los mismos principios establecidos en la Carta Fundamental que fue publicada en octubre 2008, particularmente en cuanto se refiere a los recursos públicos que se emplean en la contratación de obras, bienes y servicios, como elemento dinamizador de la economía local y nacional, sobre la base de la capacidad y origen ecuatorianos. Incorporándose por primera vez, el Régimen Especial, como procedimiento precontractual de nueve tipos de contrataciones, claramente definidos en el artículo 2 de la LOSNCP y reglados complementariamente en el Capítulo VII del RGLOSNCP, así como aquellos procedimiento reglamentados por el Ejecutivo y previstos en el Capítulo VIII del Título III del mismo Reglamento General.

En cuanto a la normativa de regulación y control del mercado, constituyó un avance dentro del ordenamiento jurídico, ya que el nuevo Estado de derechos y justicia al que se refiere la Constitución de Montecristi, derivó en la promulgación de una ley específica en dicha materia, de la cual no disponía el Ecuador -ya que anteriormente existían normas dispersas tanto en la derogada Constitución de 1998 y en la legislación secundaria-; así como también, se dio paso a la creación de las instituciones públicas para cumplir con los objetivos de nuestra Norma Suprema.

No obstante lo anterior, y pese a contar con una reciente ley en materia Derecho de la Competencia, corresponde determinar si pese a la normativa existente en el país, se aplica o no el principio de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a partir de la Constitución 2008.

Capítulo primero

La libre competencia y el derecho de la competencia

1.1. Antecedentes y origen de la libre competencia.

La libre competencia tuvo su origen en América y Europa, particularmente en los Estados Unidos y en la originalmente conocida Comunidad Económica Europea, constituyéndose en el pilar fundamental para el desarrollo del derecho antimonopolios o de libre competencia, guardando similitudes y diferencias, pero que sin duda alguna han servido de ejemplos para el surgimiento e impulso de los ordenamientos jurídicos de los distintos países a nivel mundial, particularmente de los latinoamericanos, razón por la que a continuación realizaré un sucinto análisis de la historia norteamericana y europea comunitaria.¹

1.1.1. La libre competencia y el derecho de la competencia en derecho comparado.

1.1.1.1. La posguerra civil norteamericana y el surgimiento de la clase empresarial.²

La libre competencia y el derecho que la regula, tuvieron su origen en los Estados Unidos de América y paradójicamente surgió como consecuencia del plausible crecimiento económico posterior a la Guerra Civil (1861-1865), que conllevó una creciente manufactura de materias primas para la masificación de la producción industrial, la construcción de vías para el ferrocarril –el transporte por excelencia de aquella época–, el desarrollo de nuevas tecnologías,³ lo que implicó una gran demanda de mano de obra, razón por la que la población urbana aumentó significativamente, lo cual redundó en un mayor requerimiento de bienes, y como

¹ Javier Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Ed. Temis, 2011), 48.

² *Ibíd.*, 13-24.

³ Prensa rotativa, corriente alterna, taladro de aire, sistema de señales ferroviarias, ferrocarril eléctrico elevado, etc.

consecuencia de ello, el surgimiento de la clase empresarial que en poco tiempo acumuló fortuna y ciertos beneficios.

El poder económico obtenido conllevó a los *magnates industriales* a relacionarse con quienes se ostentaban funciones gubernamentales, y a su vez empezaron a influir en quienes aspiraban llegar al poder político, pero como lo afirma el autor Javier Cortázar Mora, “[...] eran seres producto de su época: implacables y despiadados con sus competidores, grandes manipuladores financieros y corruptos. Hasta tal punto llegó el alcance de sus actos, que a la postre el imaginario popular terminó conociéndoles como [...] capitalistas inescrupulosos.”⁴

Si bien el crecimiento económico trajo progreso a la población, también la afectó por cuanto apareció la extrema desigualdad entre clases, la manipulación y deshonestidad de la élite política, la generalización de la corrupción, entre otros aspectos negativos que terminaron ocasionando relevantes crisis en la economía norteamericana durante los años 1873, 1884 y 1893; razón por la que los empresarios maquinaron los medios necesarios para *proteger* sus negocios –por así decirlo–, ya que con el mejoramiento y desarrollo tecnológico de la época, aparecieron las economías de escala, por lo que la industria se multiplicó produciendo más de lo que demandaba el mercado, y lo que en consecuencia hubiese ocasionado la reducción de precios y con ello la disputa de la clientela del mercado en función de precios a la baja, lo cual habría generado una depredación entre empresas; apareciendo por tanto los denominados *carteles*,⁵ que constituían acuerdos empresariales mediante los cuales se regulaba la producción, lo que permitía la fijación o variación de determinados precios.

No obstante los carteles padecían de un defecto, puesto que eran simples pactos que carecían de fuerza obligatoria entre quienes los acordaban y no gozaban de protección legal, por lo que evolucionaron hacia una forma jurídica denominada *trusts*,⁶ que consistía en la agrupación de varias empresas que se asociaban con el fin de dominar un mercado, tanto desde la oferta como de los precios, y con ello obtener beneficios económicos.

El origen de los *trust* suele atribuírsele a la empresa estadounidense Standard Oil, de la cual John Davison Rockefeller fue su fundador, presidente y principal

⁴ Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 16.

⁵ En inglés el término aplicable es: *pools*.

⁶ La traducción literal de este término es: *confianza*.

accionista; petrolera que llegó a controlar todos los eslabones de la cadena,⁷ convirtiéndola en la más grande y exitosa del mundo y la que abrió el camino para la aparición de las grandes corporaciones, ya que para el año 1904 apenas el uno por ciento (1%) de las empresas norteamericanas, generaban el cuarenta por ciento (40%) de la producción industrial; siendo los *trusts* el génesis de los monopolios y oligopolios.

Uno de los casos más representativos de lo dicho hasta aquí y que ejemplifica claramente a los *carteles*, *trusts* y *monopolios* fue la alianza entre la empresa Standard Oil y ferrocarriles Vanderbilt, que data de 1860 a 1880. Durante este período la petrolera planteó a la empresa ferroviaria un esquema de tarifas preferenciales, restringiendo además la posibilidad de que otros productores y distribuidores de crudo puedan hacer uso de este medio de transporte –del cual también dependían–, e inclusive imponiendo multas en el caso de que así fuere, configurando el *cartel* entre las empresas mencionadas.

Paralelamente, Standard Oil empezó a adquirir la producción de petróleo y los productos refinados que otras compañías no podían transportar en los ferrocarriles, a precios que no eran negociados mutuamente sino que eran establecidos e impuestos por aquella, llegando a extremos tales que, valiéndose del *trust* adquiriría a las productoras y refinerías sus plantas a precios irrisorios, con el único propósito de cerrarlas, o en su defecto arrendaba la infraestructura de sus competidores para desmontarlas, y de esta forma evitar la sobreproducción.

La compra de la producción y derivados, la absorción de otras empresas petroleras, y el control de la oferta y los precios por parte de la Standard Oil, ocasionó que las demás compañías competidoras cierran y se liquiden, y a pesar de que aún existían ciertas petroleras, su presencia no preocupaba a Rockefeller y su séquito, ya que la participación en el mercado de las empresas sobrevivientes era mínima, constituyéndose así su *monopolio*.

Lo realizado por Standard Oil, rápidamente fue tomado como ejemplo a seguir por otras empresas de distintos sectores⁸ en contubernio con compañías

⁷ Producción, transporte, refinación, y comercialización de hidrocarburos.

⁸ Cito la más relevantes: carbón, acero, hielo, pescado, molineros, cobre, cerámica, vidrio, azúcar, confites, féculas, glucosa, cal, caucho, tubería de alcantarillado, tubería de latón, estufas a vapor, mobiliario, telecomunicaciones, vestimenta de seda, herramientas de mano, cadenas, cosechadoras, whisky.

ferroviarias, que aplicaban los mismos esquemas para aplastar –literalmente– a sus competidores y dominar sus respectivas parcelas del mercado.

1.1.1.2. La libre competencia en la legislación norteamericana.⁹

Como consecuencia de lo expuesto en líneas precedentes, y en contraposición a la clase empresarial que había inventado formas de dominación de los mercados, se encontraban aquellos que estaban siendo perjudicados por las prácticas de aquel sector empresarial. Básicamente eran productores de bienes primarios, pequeños y medianos empresarios; y, los propietarios y socios de las compañías que no habían accedido a formar parte de los carteles, de los *trusts*, y que habían sobrevivido a ellos, pero que estaban condenados a desaparecer; así como también consumidores de bienes o usuarios de los servicios, quienes no se beneficiaban de la economía de escala y por el contrario fueron afectados por los sobreprecios. Fueron ellos quienes empezaron a hacer escuchar sus voces de protesta y contribuyeron al surgimiento de los movimientos en contra de los monopolios y oligopolios; sumándose a su causa, religiosos, profesionales –especialmente abogados–, académicos y personalidades conocidas en aquella época.

A nivel jurídico, las *leyes de los granjeros* sentaron las bases de la primera normativa que instituyeron *límites y regulaciones* a las tarifas de los transportistas ferroviarios, confirmadas en principio por la Corte Suprema de Justicia en 1877,¹⁰ y posteriormente declaradas inconstitucionales por la misma en 1886.¹¹

Poco tiempo después, en 1887 fue promulgada la *Ley de comercio interestatal*, que tuvo mucha resistencia previo a su aprobación, particularmente del sector empresarial que influenciaba directamente en la clase política. Dicha ley impedía a las compañías ferroviarias constituir carteles para establecer beneficios tarifarios y otras prácticas injustificadas para sobreponerse a sus competidores –al menos en teoría–, creando inclusive un cuerpo colegiado para investigar y judicializar dichas prácticas. La aludida ley fue replicada en otros estados de la federación americana, por lo que los empresarios evadieron su cumplimiento trasladando el domicilio de sus compañías a aquellos estados en los que no adoptaron

⁹ Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 25-7.

¹⁰ Caso: Munn contra Illinois.

¹¹ Caso: Wabash & St Louis Pacific Railway contra Illinois.

la normativa; evidenciándose así la necesidad de una ley federal, la que posteriormente llegaría con la propuesta realizada por el senador John Sherman, publicada en 1890 y conocida como la *Ley Sherman Antitrust*, que en su texto original prescribía que todo contrato o combinación en la forma de *trust* u otra, o colusión para la restricción del intercambio o el libre comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras, se consideraría como ilegal. Sin embargo esta ley en sus inicios no fue bien entendida y pasaron varios años para ser aplicada, precisamente contra la Standard Oil, proceso que culminaría en el año 1911, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ordenó la disolución del *trust* que tenía la petrolera;¹² y, posteriormente evitó la fusión de las empresas ferroviarias Northern Pacific, Pacific Union y Railroads,¹³ por parte de J.P. Morgan & Company.¹⁴

Los logros obtenidos y señalados en los párrafos precedentes, conllevaron a que se tome conciencia de la importancia de la libre competencia, de garantizarla y de la necesidad de establecer límites a la clase empresarial, que habían obtenido un desbordante poder económico y más aún un incalculable poder político, razón por la que en 1914 la Ley Antitrust de Sherman, fue revisada y reemplazada por la *Ley Clayton Antitrust*, conocida así por ser propuesta por el legislador Henry De Lamar Clayton; este cuerpo legal buscó suplir las deficiencias de la *Ley Sherman Antitrust*, y además creó la Comisión Federal de Comercio, que actuaba en conjunto con el Departamento de Justicia como autoridades reguladoras y controladoras en materia de competencia.¹⁵

1.1.1.3. La libre competencia en Europa y otros países.¹⁶

En Europa la libre competencia se desarrolló paralelamente a lo sucedido en Estados Unidos de América, y si bien no tuvo una historia de la misma intensidad que la norteamericana, es importante conocer cuál fue su evolución. Sus inicios datan de 1890, año en el cual Reino Unido adoptó su ley de competencia. Más tarde en

¹² Caso: Standard Oil contra Estados Unidos.

¹³ Caso: Northern Securities.

¹⁴ John Pierpont Morgan, empresario y banquero estadounidense, especialista en adquirir empresas que atravesaban problemas integrales para reestructurarlas y transformarlas en negocios rentables.

¹⁵ Federal Trade Commission - FTC por sus siglas en inglés.

¹⁶ David Gerber, *Global Competition Law, markets and globalization*, (Oxford, 2010), 163-70, citado por Javier Cortázar Mora, "Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)", (2011), 27-30.

1897, en el imperio Austro-Húngaro de aquel entonces, ya se trató un proyecto de ley de regulación y control de la competencia enfocado en la protección de los consumidores, iniciativa que no prosperó por la situación política de la época.

Simultáneamente Alemania tomó como ejemplo la propuesta antes citada, a la que se adhirieron pequeños y medianos empresarios, así como defensores de derechos de los consumidores y trabajadores, pero al igual que en el caso estadounidense, la influencia de la clase empresarial en el poder político, que vislumbró las consecuencias de una ley de tal naturaleza, prefirió relegar el proyecto, siendo retomado y aprobado con posterioridad a la Primera Guerra Mundial (1914-1918), convirtiéndose en una ley de competencia infructífera, cuyo único aporte fue generar el debate en el continente para que otros países inicien en la generación de normativa de la libre competencia.

En 1926 Noruega incorporó a su ordenamiento jurídico una ley de competencia. Alemania por su parte, contó con legislación efectiva en la materia en 1957, que de hecho constituyó una de las condicionantes para concluir con la ocupación por parte de los aliados, y como un elemento que contribuiría al resurgimiento de una devastada nación a causa de las guerras que provocó.

Con la fundación de la Comunidad Económica Europea mediante el Tratado de Roma en 1957, se dio inicio a la integración económica y a la creación de un mercado único, lo que originó que varios países de la región se interesaran en leyes antimonopólicas, de tal forma que para la década siguiente, ya contaban con legislación al respecto Francia, Grecia, Luxemburgo; en la década de los setenta lo hicieron España,¹⁷ Suiza y Austria; y, finalmente en los noventa siguieron el ejemplo Portugal, Italia, Eslovenia, Bélgica, Países Bajos, Dinamarca, República Checa, Eslovaquia, Polonia, Lituania, Hungría, Croacia, Rumania, Bulgaria, Irlanda, Suecia y Finlandia.

Se destaca también el caso de Japón, que hizo lo propio en materia de competencia en 1947, considerando que las causas que le obligaron a incorporar la normativa, fueron prácticamente las mismas que en el caso alemán de posguerra. Otros países que se sobresalen son: Australia, Nueva Zelanda, Rusia, China y Turquía, que expidieron sus respectivas leyes entre los años 1970 a 1990.

¹⁷España tuvo su primera ley en 1963, pero dicha ley no tuvo mayor trascendencia, ya que el verdadero desarrollo se produjo como consecuencia de su ingreso a la Unión Europea.

Canadá incursionó en la defensa de la libre competencia en el año 1889, y al igual que Reino Unido que lo hizo en 1890, parecerían ser los pioneros en adoptar la normativa en esta materia; sin embargo, como ya lo expuse previamente, el antecedente en el caso norteamericano lo constituyeron las *leyes de los granjeros*, ya que la *Ley Antitrust de Sherman* fue posterior.

Sin perjuicio de lo dicho en líneas anteriores, la Unión Europea como comunidad, en su tratado constitutivo estableció un régimen de competencia a nivel supranacional el cual ha sido complementado por los regímenes internos de los países miembros, y que no puede ser contravenido invocando el ordenamiento jurídico nacional. De hecho al ser una agrupación de tipo económico, su fin principal es precisamente consolidar un mercado común, en cuya consecución contribuyen a nivel institucional la Comisión, como órgano administrativo, complementado en el ámbito judicial por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión y la Corte Europea de Justicia.

Tal es la importancia del régimen normativo comunitario, que puede ser aplicado directamente y sin observar los ordenamientos propios de cada miembro, si el caso así lo amerita, y esta aplicación supranacional puede originarse tanto en autoridades nacionales de los estados miembros o por la Comisión Europea como ya lo señalé, independientemente de que se trate de asuntos entre nacionales de un mismo estado o de diferentes países miembros.

1.1.1.4. La libre competencia en Latinoamérica.

En América Latina la precursora en materia de libre competencia fue Argentina, cuya primera ley data de 1923, pero el desconocimiento y/o lo novedoso del tema ocasionó que sea una normativa ajena a la época, por lo que no se cumplía. Más adelante, Brasil trató su primer proyecto de ley *antitrust* que data del año 1938.¹⁸ Siguiendo por el mismo camino, Colombia expidió su normativa en 1959, que fue “desempolvada” en 1992, año en el que empezó a aplicarse efectivamente;¹⁹ razón por la que se afirma que Chile fue quien expidió la primera ley de real vigencia y aplicación en materia de antimonopolios, expedida en el año de 1973; seguida de

¹⁸ Isabel Vaz, “Las tres vertientes del derecho de la competencia”, en Carlos María Correa, dir. *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000), 294.

¹⁹ Ley 155, retomada por Decreto No. 2153 del año 1992.

Argentina (1980), Perú (1991) Colombia (1992), México (1993), Brasil (1994), Uruguay (1999), Bolivia (2008), Ecuador (2011), siendo el último país del hemisferio sur Paraguay (2013).²⁰

En el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), por tratarse de una organización cuyo objetivo inicial, según su tratado constitutivo,²¹ fue precisamente la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros, a través de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente, con el propósito de procurar la concurrencia y competencia en los mercados de dicha agrupación, se expidió la Decisión CMC No. 18/96 de 17 de diciembre de 1996, que contenía el Protocolo de Defensa de la Competencia, posteriormente se le agregó un anexo, según la Decisión CMC No. 02/97 de 18 de junio de 1997;²² estas decisiones posteriormente fueron derogadas por la Decisión CMC No. 43/10 de 16 de diciembre de 2010, que contiene el denominado *Acuerdo de defensa de la competencia del Mercosur*.

A nivel de la Comunidad Andina²³ la primera normativa fue la Decisión 45 de 1971, que contenía las normas para prevenir o corregir las prácticas distorsionadoras de la competencia dentro de la subregión, documento que fue derogado por la Decisión 230 de 1987, documento que a su vez fue reemplazado por la Decisión 285 de 1991, estas dos últimas establecieron las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia, generadas por prácticas restrictivas. Actualmente se encuentra vigente la Decisión 608 del año 2005, que derogó a su predecesora y estableció las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

Debo destacar que a nivel de la CAN, al igual que en la Unión Europea, el derecho supranacional se aplica en el caso de que las prácticas de los agentes económicos llegasen a tener efectos a nivel comunitario. Asimismo la autoridad a cargo de la aplicación de la Decisión 608 es la Secretaría General de la CAN, que cuenta con la asesoría del Comité Andino de Defensa de la Competencia;

²⁰ Se excluyen los casos de: Guyana, Surinam y Guayana Francesa.

²¹ Artículo 1 del Tratado de asunción de 26 de marzo de 1991.

²² Isabel Vaz, “Las tres vertientes del derecho de la competencia”, 301-5.

²³ En adelante me referiré a este organismo supranacional como Comunidad Andina o simplemente CAN.

complementado con la intervención del Tribunal Andino de Justicia, en aquellos casos en que sea necesario acudir a dicha instancia.

1.1.2. La libre competencia y el derecho de la competencia en el Ecuador.²⁴

Históricamente el Ecuador, como en el caso de otros países en vías de desarrollo, no ha constituido ni constituye un mercado relevante y atractivo para quienes buscan realizar inversiones empresariales a tono con las realizadas en países del primer mundo; esto se debe al hecho de que buena parte de los ciudadanos viven en situación de pobreza, lo que les impediría elegir o acceder a los bienes y servicios ofertados en el mercado.

Contrario a lo que se podría pensar, se dice que algunos sectores económicos nacionales, podrían haber desarrollado y acumulado fortunas, aprovechándose de las personas de escasos recursos, ya que su condición cultural y social ha permitido la consolidación de empresas cuyos esfuerzos por el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios que ofertan han sido mínimos o nulos, y el consumo ha sido conformista, monopolístico y de constantes prácticas que han afectado la libre competencia.

Pese a que las constituciones anteriores a la de Montecristi contenían disposiciones relacionadas con la obligación de contar con una ley de la competencia, no se promulgó sino hasta el año 2011, pero el Congreso Nacional bien pudo haberlo hecho con anterioridad, sobre la base de la codificación de la Constitución de 1979, reformada en 1997, y que precisamente incluyó una modificación en su artículo 60,²⁵ relacionada con la posibilidad de sancionar a los monopolios, las formas de abuso de poder económico, la asociación empresarial con fines de dominación de los mercados eliminando la competencia, e inclusive el aumento arbitrario del lucro. Base constitucional sobre la cual se presentó el primer proyecto de ley en abril de 1998 y el cual no prosperó.

²⁴ María Elena Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, en Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez, edit., *Estado, derecho y economía*, (Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 197-225.

²⁵ El artículo 60 en su parte pertinente dice: “[...] Se prohíbe y serán reprimidos por la Ley, los monopolios y cualquier forma de abuso de poder económico, inclusive las uniones o agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros.”

El 11 de agosto de 1998, una vez publicada en el Registro Oficial la Constitución Política de la República del Ecuador de aquella época, en su artículo 244 numeral 3,²⁶ se enfatizó en la obligación del Estado de garantizar la libre competencia y sancionar las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen; y a partir del año 2001, se tramitaron al menos cuatro proyectos de ley relacionados con la materia, los cuales quedaron en iniciativas, excepto la propuesta denominada *Ley de promoción y defensa de la competencia*, que estuvo cerca de convertirse en ley.²⁷

Por las razones mencionadas, en el Ecuador las prácticas anticompetitivas no se habrían originado únicamente en el sector privado, sino que inclusive habrían sido auspiciadas por el propio sector público al omitir su obligación constitucional de tramitar y aprobar la respectiva legislación, e incumpliendo el deber de promover y defender la competencia. Pero si bien las administraciones públicas deben cumplir con la referida obligación, no todas las prácticas habrían sido negativas, ya que con la aplicación de ciertas medidas, se ha contribuido a mejorar las condiciones del mercado, para una mejor oferta de bienes y servicios, en beneficio de los consumidores y usuarios.²⁸

A criterio de la catedrática María Elena Jara Vásquez, los perjuicios que ocasiona la falta de libre competencia en los países con economías emergentes como la nuestra son:²⁹

1. La exclusión de pequeños productores, a los cuales yo incluiría además a los micro y medianos productores –según nuestra realidad actual y legislación vigente–, a quienes les es complicado protegerse y

²⁶ El artículo 244.3 establece: “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: [...] 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.”

²⁷ Sobre este proyecto volveré a referirme más adelante.

²⁸ Un ejemplo destacado se produjo respecto de la telefonía celular, ya que la incursión de la empresa estatal Alegro (actual CNT) en el año 2003, ocasionó que sus competidores Porta (actual Claro) y Bellsouth (actual Movistar), inicien una carrera por mejorar la prestación de sus servicios en beneficios de sus clientes. Es así que se incrementó la inversión para la ampliación de la cobertura, se redujeron costos de las llamadas; disminuyeron los costos de otros servicios, se amplió y mejoró la oferta de los equipos celulares, y, se implementó el servicio de mensajes de texto entre diferentes operadoras.

²⁹ Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, 199-200.

combatir las prácticas anticompetitivas de las grandes empresas consolidadas en el mercado.

2. La ausencia de competidores paraliza la eficiencia empresarial, quienes mantienen sus procesos de producción, y en consecuencia ofrecen los mismos bienes y servicios sin incorporar mejora alguna – lo que a mi criterio perjudica a consumidores y usuarios–.
3. La imposibilidad o al menos la reducción de posibilidades de atraer inversión extranjera permanente o a largo plazo, ya que generalmente esta clase de capitales y empresarios, analizan las condiciones existentes previo a la toma de decisiones para emprender en sus negocios; para lo cual analizan aspectos trascendentes como el marco legal del posible país receptor, siendo esas leyes las relacionadas y afines con la libre competencia y de defensa ante prácticas anticompetitivas de otras empresas ya posicionadas.

En contraposición a lo dicho, y siguiendo el pensamiento de la misma autora, la existencia de un mercado y la vigencia de una ley que garantice a los agentes económicos una adecuada competencia, produce las siguientes ventajas:

1. Viabiliza que la oferta de bienes y servicios se realice en función de la demanda de consumidores y usuarios, evitando así que sean los proveedores los que prevalezcan e impongan las condiciones.
2. Induce a la transformación productiva, como resultado de la libre competencia entre varios agentes económicos por captar clientela, pero siempre dentro del marco legal del poder de mercado.
3. Imposibilita el apareamiento de monopolios u oligopolios, que una vez establecidos tienden a acaparar el mercado y que generalmente deriva en la acumulación de ingresos injustificados.
4. Permite una mayor y mejor eficiencia de los agentes económicos, lo cual además de beneficiar a los proveedores, hace lo propio con consumidores y usuarios, contribuyendo con la economía nacional.

1.2. Breve análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado³⁰ constituye un cuerpo legal plenamente ajustado al contenido de la Constitución 2008, que surge del nuevo sistema económico de corte social y solidario, que a su vez enfatiza en la supremacía del ser humano sobre el capital, por lo que centra su objetivo en la satisfacción de las necesidades de las personas a partir de su acceso a bienes y servicios en mercados competitivos, y procurando que tanto la producción como el consumo, se desarrollen dentro del marco de la responsabilidad ambiental.³¹

Si bien parecería que, desde la perspectiva de consumidores y usuarios de bienes y servicios, no existe una mayor diferencia entre lo que establecía la Constitución de 1998 y la vigente, porque ambas coinciden con el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, a elegirlos con libertad y a obtener información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; el distanciamiento surge a partir de la intervención estatal, por cuanto en el *sistema de economía social de mercado*, la presencia del Estado era mínima, y la libertad de mercado *imponía* su propia regularización, evitando así el control por parte de entes públicos. Mas el nuevo *sistema económico social y solidario*, fortalece la presencia estatal, así como su rol de ejercer regulación y control del mercado y sus agentes económicos, e inclusive estableciendo como obligación la intervención, cuando la actuación del sector privado sea insuficiente ante las necesidades públicas, pero siempre dentro de los límites del equilibrio entre el Estado, la sociedad y el mercado.³²

Igual importancia tiene la creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM),³³ considerando que es y será la institución llamada a actuar dentro del nuevo marco legal, ya que la ausencia de un organismo de este tipo, hasta cierto punto se había justificado, debido al debilitamiento de las dependencias

³⁰ En adelante también me referiré a dicha ley como LORCPM.

³¹ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017 (Versión Resumida)*, (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013), 24-5.

³² Agustín Grijalva Jiménez, “La Constitución económica del Ecuador”, en Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez, edit., *Estado, derecho y economía*, (Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 90.

³³ En adelante me referiré a este organismo como Superintendencia de Control del Poder de Mercado o simplemente SCPM.

estatales, a su carente credibilidad e imparcialidad al momento de resolver, ocasionada por la corrupción o por las presiones de los gobiernos de turno; razones suficientes para poder pensar que algunos agentes económicos se habrían resistido al tratamiento de normativa en materia de libre competencia y mercado, así como también para fundamentar su temor de encontrarse bajo la supervisión de una autoridad estatal que –al margen de la Constitución y la ley–, rebase los límites de la discrecionalidad inclusive hasta llegar a la arbitrariedad e ilegalidad. Por lo que depende únicamente de la SCPM, el evidenciar que se trata de un organismo técnico y objetivo, que no actúe bajo consideraciones subjetivas, que no cede a imposiciones de determinados intereses de ciertos actores públicos y privados, o peor aún a situaciones políticas o coyunturales, que terminarían deslegitimando su accionar.³⁴

La expedición de la LORCPM, no respondía únicamente a una suerte de presión por el hecho de que otros países desarrollados y de la región ya contaban con normativa en materia de libre competencia y de control de prácticas anticompetitivas; tampoco se basó exclusivamente en el cumplimiento de un plazo para la expedición de la ley y determinación de una autoridad en la materia,³⁵ como quizás podría analizarse desde la perspectiva del derecho supranacional; ni fue producto de los varios intentos fallidos de más de una década por contar con un cuerpo legal que forme parte del ordenamiento jurídico. Si bien todas las razones anteriores contribuyeron a reforzar la opinión pública respecto a la necesidad de contar con una ley en la materia y su respectiva institucionalidad, no cabe duda que su origen está en nuestra propia Constitución, que busca alcanzar -entre otros-³⁶ los siguientes objetivos de la política económica:

- Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional;
- Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional; y,

³⁴ Francisco Marcos, *Una política de competencia para la República del Ecuador*, (s. l. 2016), 30, citado por María Elena Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, (2013): 202.

³⁵ El artículo 2 de la Decisión 616 de la Comunidad Andina, disponía que hasta el 1 de agosto de 2005, Ecuador debía designar interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608, que contiene las normas para la protección y promoción de la libre competencia de la CAN.

³⁶ Artículo 284 de la Constitución.

- Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

Los propósitos anteriores pueden lograrse siempre que se garantice el funcionamiento del mercado, a través de la estabilidad de los agentes económicos en el mismo, su concurrencia y competencia, la libertad de contratación, la no apropiación de las ganancias razonables, y la posibilidad de que consumidores y usuarios elijan libremente los bienes y servicios; fines que deben –o deberían– garantizarse con la aplicación de la LORCPM, sin perjuicio de los propios límites que se podrían establecer a causa de la preminencia del interés general.³⁷

1.2.1. Antecedentes de la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Para conocer los antecedentes de la actual LORCPM, investigué los proyectos tramitados en el entonces Congreso Nacional y en la actual Asamblea Nacional, debido a lo cual me fue posible acceder al proyecto denominado *Ley de Libre Competencia y de Defensa del Consumidor*, presentado por el entonces diputado, doctor José Bolívar Castillo Vivanco, documento en el cual se realiza una cronología de los diversos intentos de varios legisladores por procurar la aprobación de una ley en materia de libre competencia.

El 13 de abril de 1998, previo a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1998,³⁸ el diputado Rafael Dávila Egüez, presentó al Presidente de la Legislatura de aquel entonces, abogado Juan José Pons, un primer proyecto en materia de competencia, denominado *Ley de las libertades económicas*.³⁹

Casi tres años después de presentada la iniciativa anterior, el 8 de marzo de 2001 –ya encontrándose vigente la Constitución de 1998–, el legislador Julio Noboa Narváez, presentó a la presidencia del Congreso Nacional, a cargo del abogado

³⁷ Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, 207-8.

³⁸ Publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, reformada por última vez mediante Resolución del Congreso Nacional No. R-25-182 de 9 de diciembre de 2004, publicada en Registro Oficial No. 484 de 17 de diciembre del 2004.

³⁹ Presentado mediante oficio DPL-621-98, y signado por el Congreso Nacional con el número 20-189.

Hugo Quevedo Montero, la propuesta titulada *Ley antimonopolio y de la libre competencia*.⁴⁰

A poco más de un mes de diferencia de presentada la iniciativa antes referida, el 17 de abril del 2001 la congresista Susana González Muñoz, presentó el anteproyecto de *Ley de protección de las libertades económicas*, documento en el cual se recogían las iniciativas de los legisladores Rafael Dávila y Julio Noboa.⁴¹ Esta propuesta fue aprobada por el Congreso Nacional de la época bajo el nombre de *Ley de promoción y defensa de la competencia*, pero recibió el veto total por parte del Ejecutivo, sin mayores explicaciones y justificaciones de la decisión adoptada; pero fue evidente la división de los sectores público y privado a favor y en contra de la ley, y de los intereses empresariales que resultaron irreconciliables.⁴²

Algunos años más tarde, el 24 de noviembre de 2005, el parlamentario Alfredo Castro Patiño, presentó en el Congreso Nacional, entonces presidido por el doctor Wilfrido Lucero Bolaños, el proyecto de *Ley Orgánica de Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica*,⁴³ siendo la primera vez que a un proyecto de ley en esta materia, se le asigna el carácter de orgánica. Un día después de presentado el documento por parte del legislador Castro Patiño, el diputado Rafael Dávila Egüez, presentó nuevamente su proyecto, esta vez bajo el título de *Ley Orgánica de Libre Competencia Económica*.⁴⁴

Al respecto de los dos últimos proyectos de ley señalados, la *Comisión especializada permanente de defensa del consumidor, del usuario, del productor y el contribuyente* del Congreso Nacional de aquella época, elaboró la propuesta denominada *Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad Económica*, tomando como referencia el contenido de esas propuestas.

El 28 de agosto de 2007,⁴⁵ el legislador José Bolívar Castillo Vivanco, presentó al doctor Jorge Cevallos Macías, quien presidía la Función Legislativa en aquella época, su iniciativa de ley ordinaria, bajo el nombre de *Ley de Libre*

⁴⁰ Presentado mediante oficio No. 92-JNN-DP-ID-01, y signado por el Congreso Nacional con el número 22-641.

⁴¹ Signado por el Congreso Nacional con el número 22-660.

⁴² Jara Vásquez, "Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado", 201.

⁴³ Presentado mediante oficio ACP-187, y signado por el Congreso Nacional con el número 26-948.

⁴⁴ Presentado mediante oficio 2756-MIRE-05, y signado por el Congreso Nacional con el número 27-1013.

⁴⁵ Presentado mediante con oficio No. 430.ARE, y signado por el Congreso Nacional con el número 28-249.

Competencia y de Defensa del Consumidor. En el oficio de la referencia el diputado menciona que conoce que el Presidente de la República –refiriéndose al economista Rafael Correa Delgado, recientemente electo como tal en aquella época–, habría preparado un proyecto de ley que iba a ser remitido al Congreso Nacional, para lo cual sugería tratar ambas propuestas de manera conjunta, y obtener una sola propuesta, lo cual no sucedió ya que una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, cesó en sus funciones al Legislativo, y asumió sus funciones,⁴⁶ razón por la que propuesta del Ejecutivo no llegó al Congreso Nacional; y, porque además, la nueva iniciativa debía sustentarse en la nueva Constitución, que en ese entonces estaba siendo redactada por parte del poder constituyente.⁴⁷

El 13 de octubre de 2009,⁴⁸ es decir ya aprobada la Constitución de Montecristi, y habiéndose renombrado al Parlamento como Asamblea Nacional, el asambleísta Rafael Dávila Egüez, presentó por tercera vez un proyecto de ley en materia de libre competencia, esta vez bajo la denominación de *Ley Orgánica de Libre Competencia Económica*, nombre que posteriormente fue sustituido por su proponente como *Ley Orgánica Antimonopolio*.⁴⁹

Finalmente el 11 de agosto de 2011,⁵⁰ el Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado, presentó ante la Asamblea Nacional, presidida por el arquitecto Fernando Cordero, la propuesta denominada *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, calificado con el carácter de urgente en materia económica. Iniciativa que luego de haber sido tramitada en dos debates, aprobada por parte del Legislativo, y sin ninguna objeción parcial del Ejecutivo, fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011, como ley de la República.

Tuvieron que transcurrir trece años y ocho propuestas –incluida la LORCPM vigente– previo a la expedición de una ley que regule la libre competencia, siendo el

⁴⁶Artículo 7 del Mandato Constituyente No. 1 de 29 de noviembre de 2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 223 de 30 de noviembre de 2007.

⁴⁷Jorge Luis Carrión Benítez, asesor parlamentario del diputado José Bolívar Castillo durante el período julio-octubre de 2007, entrevista personal, 3 de julio de 2015.

⁴⁸Presentado mediante oficio N° 0067-CC-RD-09, y signado por la Asamblea Nacional con el número 8205, según el memorando No. PAN-FC-09-088 de 15 de octubre de 2009.

⁴⁹El cambio de denominación de la propuesta lo realizó mediante oficio 0532-CC-RD-10 de 11 de agosto de 2010.

⁵⁰Presentado mediante oficio No. T.364-SNJ-11-1063, devuelto con oficio SAN-2001-0761 de 23 de agosto de 2011, por parte del Consejo de la Administración de la Legislatura; e, insistido realizado por parte de Presidencia de la República mediante oficio No. T.364-SNJ-11-1104 de 29 de agosto de 2011.

Ecuador el penúltimo país en Sudamérica⁵¹ en contar con dicha normativa, puesto que Paraguay –que al igual que nosotros carecía de dicha ley–, la promulgó en el año 2013;⁵² y, Bolivia lo había hecho en el año 2008.⁵³

1.2.2. Objeto y ámbito de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

1.2.2.1. Objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El artículo 1 de la LORCPM prescribe que su objeto es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible. Para entender los propósitos que busca la mencionada ley es imprescindible conocer cada uno de los conceptos que busca regular y controlar:

Tratándose de *operadores económicos* la LORCPM los define como las personas naturales o jurídicas, pertenecientes a los sectores público o privado, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que se encuentren realizando o que a futuro realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional.

También se consideran como operadores económicos a los gremios que agrupen a los antes mencionados, y a los que realicen actividades económicas fuera del país, cuyas conductas⁵⁴ produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado ecuatoriano.⁵⁵

⁵¹ Se excluyen los casos de: Guyana, Surinam y Guayana Francesa.

⁵² Ley No. 4956 de 29 de mayo de 2013, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 117 de 21 de junio de 2013.

⁵³ Decreto Supremo No. 29519 de 16 de abril de 2008, publicado en la Gaceta Oficial No. 3082 de 17 de abril de 2008.

⁵⁴ Me refiero a: actos, actividades o acuerdos.

⁵⁵ Artículo 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Vale decir que en derecho comparado, también se conoce a los *operadores económicos* como *agentes económicos*,⁵⁶ por lo que utilizaré ambas expresiones como sinónimos a efectos de la presente investigación.

En cuanto al *poder de mercado*, la ley lo define comola capacidad de los operadores económicos (individual o colectiva) para influir significativamente en el mercado; agregando que tienen *poder de mercado* u ostentan *posición de dominio* los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente, prescindiendo de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.⁵⁷ En otras legislaciones y doctrinariamente el poder de mercado también es conocido como posición dominante,⁵⁸ posición de dominio, poder de dominio o poder de monopolio;⁵⁹ expresiones que emplearé indistintamente en este trabajo.

En concordancia con lo anterior, el *abuso del poder de mercado* se produce por la obtención o reforzamiento del poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios; constituyendo por tanto una conducta sujeta a control, regulación; y, de ser el caso, a la imposición de sanciones.⁶⁰

Dada la definición de abuso del poder de mercado, conviene precisar la diferencia sustancial que existe con los acuerdos colusorios y las prácticas restrictivas, radicando fundamentalmente en que los primeros provienen de la actuación de un operador económico; mientras que en el caso de los últimos, necesariamente habrán concurrido dos o más agentes económicos.⁶¹

⁵⁶ El artículo 1 de la Decisión 608 de la CAN de fecha de 29 de marzo de 2005, establece que se consideran agentes económicos a las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que ofertan o demandan bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen.

⁵⁷ Artículo 7 inciso primero, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

⁵⁸ La *Ley tipo de defensa de la competencia* de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés), al respecto nos dice: “Por ‘posición dominante en el mercado’ se entiende la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios.” Agrega además que: “Por posición dominante en el mercado se entiende el grado de control efectivo o potencial del mercado por una empresa o por varias empresas que actúen conjuntamente o constituyan una entidad económica, o dicho de otro modo, que actúan independientemente de otros operadores de ese mercado.”

⁵⁹ Javier Cortázar Mora, “Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)”, (2011), 91.

⁶⁰ Artículo 7 inciso segundo, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

⁶¹ Inés María Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 240.

La LORCPM no define los *acuerdos colusorios* como tales, únicamente los menciona, pero posteriormente se refiere a los acuerdos y prácticas restrictivas o prohibidas y establece que éstas constituyen toda conducta⁶² colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela, que realizan dos o más operadores económicos, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.⁶³

Respecto de las *operaciones de concentración económica*, la ley objeto de análisis, las define como el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de ciertos actos que identifica taxativamente, y que constituyen operaciones jurídicas de dos o más empresas que unifican legalmente la propiedad de sus activos anteriormente sometidos a un control separado; dentro de las cuales están: las absorciones, fusiones empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes.⁶⁴

Finalmente, las *prácticas desleales* pueden constituirlo hechos, actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres considerados honestos⁶⁵ en el desarrollo de actividades económicas,⁶⁶ incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria.⁶⁷

Tal es la importancia de la defensa de la libre competencia que mediante la Decisión 616 de 15 de julio de 2005, la Comunidad Andina facultó en su momento al Ecuador para aplicar como normativa nacional supletoria la Decisión 608 de 29 de marzo de 2005 – ya que a esa fecha no teníamos una ley propia–, con la cual se

⁶² Me refiero a: acuerdo, decisión o recomendación.

⁶³ Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

⁶⁴ La *Ley tipo de defensa de la competencia* de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés), 11 y 14.

⁶⁵ Al respecto de las costumbres y usos honestos, el segundo inciso del artículo 25 de la LORCPM nos dice que se estará a los criterios del comercio nacional, pero cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que prevalezcan en el comercio internacional.

⁶⁶ Según la LORCPM la expresión *actividades económicas* se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de: comercio, profesionales, de servicio y otras.

⁶⁷ Artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

instauraron las normas para la protección y promoción de la libre competencia en sus países miembros.⁶⁸

La Decisión 608 fue reglamentada mediante Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009,⁶⁹ que establecía los procedimientos a seguir para la aplicación de la mencionada norma supranacional, facultando además a la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, como la institución encargada de la promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia.⁷⁰

Actualmente, con la creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el cumplimiento de los objetivos de la ley y la facultad de establecer sanciones, permitirá a la mencionada institución, vigilar y controlar a los agentes económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria.

1.2.2.2.Ámbito de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El artículo 2 de la LORCPM establece que se someterán a sus disposiciones todos los agentes económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

El ámbito de la ley evidencia que tiene una directa vinculación con la definición de operador o agente económico, ya que únicamente aquellos actores que se adecuen a lo previsto en la referida disposición, están obligados a cumplir con sus disposiciones. Es decir que lo fundamental en este punto es la actividad o actividades desarrolladas en el mercado y su incidencia en el mismo. De allí que no se hace distinción alguna entre personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro.

⁶⁸ Esta afirmación es ratificada por el considerando séptimo del Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009, cuyo texto dice: “[...] dado que el Ecuador no contaba a la fecha de promulgación de la Decisión 608 con una norma interna de protección de la competencia económica [...]”.

⁶⁹ Publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009.

⁷⁰ Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, 202.

La igualdad formal a la que se refiere el artículo 2 de la ley de la materia, se complementa con lo previsto en el artículo 33, el cual se refiere específicamente a las administraciones del sector público que prestan servicios en mercados relevantes de libre competencia; obligándolas a respetar y aplicar los principios, derechos y obligaciones consagrados en la LORCPM.

1.2.3. Régimen de regulación y control.

El artículo 35 de la LORCPM empieza por establecer como facultad privativa de la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de dicha ley. Pero destaca que esta última le corresponderá a la Junta de Regulación, conformada por las máximas autoridades –o sus delegados– de las carteras de estado a cargo de la producción, la política económica, los sectores estratégicos y el desarrollo social, con la presencia de quien ejerza como Superintendente de Control del Poder de Mercado o su delegado, quien participará en las sesiones del cuerpo colegiado en calidad de invitado, con voz informativa pero sin voto.

Ahora bien, lo mencionado no dice mucho respecto de la regulación que le corresponde al Estado, y cuál es su función, por lo que nos queda acudir a la doctrina para desentrañar la importancia del rol *regulador* del Estado. Partiré diciendo entonces que la regulación estatal en el ámbito de la presente investigación, consiste en disciplinar el mercado en el cual se produzca el intercambio de bienes y servicios, con el fin de que este sea adecuado entre operadores económicos, y favorable para los consumidores y usuarios.⁹⁵

El Estado debe establecer las reglas de regulación sin sobrepasar los límites en cuanto a su privilegiada posición de poder, diferenciando claramente su función pública de su intervención como empresario para la provisión de bienes y servicios públicos. Si el Estado confunde su facultad reguladora, constitucional y legalmente establecida, con la facultad de iniciativa pública para emprender en actividades empresariales, se desentiende su obligación de garante del equilibrio entre la sociedad y el mercado, y por el contrario se asemeja a los agentes económicos que

⁹⁵José Eugenio Soriano García, “El papel del Estado y de sus agencias en un contexto de regulación”, en Marco Velilla, dir. *Derecho de la Competencia*, (Bogotá: Bibliotheca Millenio / El Navegante Editores, 1998), 108.

buscan fines de lucro, afectando en consecuencia el interés público encomendado a aquel.

Para el autor Marco Velilla Moreno, el sector público empresarial debe someterse absolutamente a la legislación de libre competencia y competencia, sin distinción alguna basada en su naturaleza pública, y en consecuencia las restricciones para la aplicación del ordenamiento jurídico que atienda a consideraciones de los operadores por ser públicos, simplemente resulta inaceptable, ya que lo observable es su comportamiento en el mercado. Por lo tanto ante situaciones similares, el tratamiento debería ser el mismo; y, excepcionalmente se aceptaría un trato diferenciado, pero siempre que se justifique tal situación de forma objetiva.⁹⁶

El sometimiento de los sectores público y privado a las disposiciones que para el efecto emita el respectivo órgano regulador busca cumplir tres objetivos fundamentales. El primero, es establecer las reglas claras que observarán las empresas privadas, evitando así que adquieran poder en el mercado, y como consecuencia impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atentando contra la eficiencia económica, el bienestar general, o los derechos de los consumidores o usuarios. El segundo objetivo es procurar que las instituciones que prestan servicios públicos y las empresas públicas que producen bienes o prestan servicios,⁹⁷ se conviertan en operadores económicos competitivos en el mercado nacional, ya que para emprender en actividades económicas fuera del país –me refiero a las empresas públicas–, primero tendrán que demostrar que son las mejores en nuestro medio. De aquí la importancia del sometimiento a las mismas regulaciones y condiciones de competencia y competencia para el sector privado. El tercer objetivo, pero no por ello menos importante, es el fortalecimiento del mercado ya que contar con grandes empresas, sean públicas o privadas no es perjudicial, y lo menciona nuestra propia ley, cuando reconoce que la obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atenta contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, sino que es su abuso lo que debe regularse y controlarse.

Lo antes dicho, evidencia la importancia de contar con instituciones de control, vigilancia y sanción que cumplan y hagan cumplir con los presupuestos

⁹⁶Marco Antonio Velilla Moreno, “El derecho de la competencia y el sector público”, en Jorge Molina y otros, *Compilación de documentos sobre derecho de la competencia*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000), 92-4.

⁹⁷ *Ibíd.*, 109-11.

establecidos en la Constitución y la ley; institucionalidad a la cual me referiré inmediatamente.

1.2.4. Control, vigilancia, sanción y la actuación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) fue creada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; no obstante, como ya lo dije en líneas anteriores, la primera autoridad nacional en materia de investigación y sanción en la temática de competencia, fue la Subsecretaría de Competencia que formaba parte de la estructura del Ministerio de Industrias y Productividad. Dicha instancia fue creada mediante Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009, y su actuación debía circunscribirse a la Decisión No. 608 de la Comunidad Andina, y a lo dispuesto en el mencionado decreto, razón por la que su institucionalidad y facultades se encontraban muy limitadas.⁹⁸

Por su parte, la SCPM es una institución con autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa, actúa como organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, y a la que le corresponden las atribuciones para hacer cumplir a los agentes económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la LORCPM. En materia de vigilancia y sanción, la SCPM cuenta con dos órganos especializados, uno de investigación,⁹⁹ y otro de sustanciación y resolutorio en primera instancia, correspondiéndole al superintendente la última instancia en sede administrativa.¹⁰⁰

Como podemos observar, la LORCPM estructura a las administraciones públicas de regulación (Junta) y de control (Superintendencia) como independientes una de la otra, buscando así garantizar que la SCPM pueda cumplir con sus principales facultades: asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección,

⁹⁸ La disposición derogatoria décimo quinta de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, derogó expresamente el Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009; y, la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, reemplazó a la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad.

⁹⁹ Artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

¹⁰⁰ Artículo 44 numeral 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

sanción y eliminación del abuso del poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en la ley; y el control, autorización, y la sanción de la concentración económica, de ser el caso.¹⁰¹

La importancia de la SCPM, radica en que se constituya en una institución independiente, que no responda a intereses públicos o privados. La independencia se circunscribe a una dualidad; la primera se asocia a lo personal, es decir que quien ejerza como máxima autoridad institucional, no debe tener un cargo de libre nombramiento y remoción, aun cuando su designación pueda tener un origen gubernamental. Por lo tanto deberá estar sujeto a un período determinado, lo que le permitirá actuar sin temor a ser cesado en el ejercicio de sus funciones. El período para el que sea electo deberá ser más extenso al que le corresponde a los servidores públicos de elección popular que lo propusieron; y, además, se deberá establecer un equilibrio con otros elementos como los requisitos del cargo, incompatibilidades para su ejercicio, lineamientos relacionados con las prohibiciones o limitaciones para su reelección, entre otros factores relacionados con las características propias de cada ordenamiento jurídico.

La segunda independencia se relaciona con lo institucional, y como lo afirmé en su momento, tiene directa vinculación con la posibilidad de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, disponga de la estructura suficiente para actuar según las atribuciones y facultades a ella otorgadas por la Constitución y la ley, de tal forma que cumpla fundamentalmente con garantizar la seguridad jurídica, cuyo resultado se traducirá en certeza jurídica para los agentes económicos, sobre todo al momento de sancionar.¹⁰² Si la SCPM, se enmarca dentro de esta independencia, conseguirá hacerse de tres virtudes fundamentales: objetividad, neutralidad e imparcialidad, respecto del cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales.

Para concluir, es importante mencionar que la actuación de la SCPM se debe complementar con un adecuado sistema judicial que cuente con los elementos suficientes para que complemente la actuación del órgano administrativo de control; principalmente la formación de jueces conocedores del derecho de la competencia, porque de lo contrario se corre el riesgo de que todo el trabajo de la instancia administrativa, sea afectado en la etapa contenciosa administrativa, y no

¹⁰¹ Artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

¹⁰² Soriano García, “El papel del Estado y de sus agencias en un contexto de regulación”, 116.

necesariamente porque hayan mediado actos de corrupción provenientes de los operadores económicos, o por falta de injerencia en los operadores judiciales por parte del organismo de vigilancia y control; sino por el desconocimiento de la materia, como ha sido una constante en nuestros juzgados y tribunales cuando se trata de ramas del derecho que requieren especialización.¹⁰³

¹⁰³Ibíd., 121-2.

Capítulo segundo

La libre competencia y la contratación pública en la Constitución

2008

2.1. Introducción a la Constitución de la República del año 2008.

Previo al análisis del tema propuesto en la presente investigación, tomaré como punto de partida la Constitución de la República del año 2008,¹⁰⁴ la misma que estableció un modelo estatal distinto del previsto en la Constitución Política de 1998, ya que pasamos de un estado social de derecho, a un estado constitucional de derechos y justicia, para lo cual estableceré –de manera general– la diferencia de este nuevo modelo, en el cual no profundizaré puesto que sería más apropiado hacerlo si se tratara de una investigación con mayor énfasis en el ámbito constitucional y no de contratación pública como en el presente caso.

Al mencionar al estado social de derecho, me refiero al estado liberal clásico o estado legal que tuvo sus orígenes en la Revolución Francesa de 1789, y que proclamaba como principios la soberanía popular y la clásica separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; no obstante en el Estado los límites los establecía el parlamento, el ejecutivo únicamente podía hacer lo que la ley establecía y el judicial era la *boca de la ley* –conforme lo afirma el autor Ramiro Ávila Santamaría–;¹⁰⁵ el parlamento inclusive podía modificar la constitución, eliminando derechos y restringiendo garantías; es decir se estaba frente a una Constitución flexible y susceptible de reformar aplicando el procedimiento ordinario de creación de leyes, ya que los derechos se reconocían y desarrollaban en legislación secundaria al igual que las garantías formales,¹⁰⁶ siendo el rol de los administradores de justicia el reconocerlos y protegerlos.

A diferencia con el estado social de derecho –continúa Ávila Santamaría–, en el estado constitucional de derechos y justicia todo poder independientemente de si es público o privado, debe someterse necesariamente a los derechos, lo que implica

¹⁰⁴ Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁰⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, (Quito: Ediciones Abya Ayala / Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 108-10.

¹⁰⁶ Principalmente en los códigos civil y penal.

un límite a todos los poderes incluido el constituyente; destacando que la parte dogmática es superior a la orgánica, y procurando así el efectivo cumplimiento por parte de los órganos estatales.¹⁰⁷

El estudio y debate entre estado liberal clásico y su evolución hasta llegar al estado social de derecho, es un tema ajeno a este trabajo, pero sí analizaré el estado constitucional de derechos y justicia, particularmente en cuanto se refiere al *buen vivir*, anteriormente denominado *bien común*. Si se considera lo que establecía la Constitución de 1998, claramente se evidencia que en su artículo 3 disponía –entre otros– como deberes primordiales del Estado:

1. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.
2. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.
3. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.

A diferencia de la derogada Constitución de 1998, la de Montecristi desde su preámbulo inclusive se refiere al *bien común* –ahora renombrado como *buen vivir*–; y, en el artículo 3 numeral 5, prescribe como uno de los deberes primordiales del Estado la planificación del desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza, la promoción del desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, con el fin de acceder al *buen vivir*, estableciendo cuales son los derechos que lo conforman y los regímenes para su consecución, particularmente el régimen de desarrollo.

Lo antes dicho nos lleva a plantearnos una pregunta esencial: ¿existe diferencia entre el bien común y el buen vivir? Para el autor Jorge Benavides, una diferencia fundamental la encontramos en su origen, ya que el *bien común*, surgió en Europa, mientras que el *buen vivir* es producto de la visión regional andina reflejada en la Constitución vigente, que acopla los *conocimientos ancestrales*, que históricamente han buscado su reconocimiento, y con ello la priorización del ser

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 122.

humano en una visión pluralista, que conlleve a la convivencia armónica con la naturaleza y el medio ambiente.¹⁰⁸

Aun cuando parecería que el *bien común* es un símil del *buen vivir* –llamado también *sumak kawsay*–, sin embargo serían conceptos distintos, por lo que el autor citado en el párrafo anterior manifiesta que entre las constituciones de 1998 y de 2008, existe una ampliación en cuanto al número de derechos reconocidos en aquella, respecto de los que actualmente se encuentran establecidos en ésta. Mas la diferencia principal se fundamentaría en que los derechos del *sumak kawsay*, constituyen el objetivo del Régimen de Desarrollo, y a su vez constituyen el eje del desarrollo de las políticas públicas.

Para el citado autor, lo anterior es posible debido a la restitución de la capacidad de planificación que se le otorga al Estado con la Constitución del 2008, ya que a través de esta herramienta se pueden establecer objetivos nacionales y dirigir esfuerzos a las áreas que se considere prioritarias, contexto dentro del cual parecería que nos encontramos actualmente. El régimen del buen vivir busca organizar el sistema nacional de inclusión y equidad social, como un conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas programas y servicios que permiten el ejercicio, garantizan y hacen exigibles los derechos establecidos en la Constitución y que permite alcanzar los objetivos del régimen de desarrollo.¹⁰⁹

Resulta interesante también el criterio de Carolina Silva Portero, quien destaque la Constitución del 2008 contiene al buen vivir en dos partes; la primera se refiere a la parte dogmática de su texto en lo que conocemos como *derechos del buen vivir*, mientras que la segunda consta en la parte orgánica bajo la denominación de *régimen del buen vivir*.¹¹⁰

Con el afán de intentar aportar un mejor entendimiento de lo dicho por Silva Portero, debo mencionar que la parte dogmática establece los derechos fundamentales y las garantías individuales o colectivas de los ciudadanos, así como los principios que permitirán al Estado su consecución y protección; mientras que la

¹⁰⁸ Jorge Benavides Ordoñez, “Del bien común al buen vivir”, en Luis Fernando Ávila Linzán, edit., *Política, justicia y Constitución*, (Quito: Corte Constitucional / Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2011), 247.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 248-9.

¹¹⁰ Carolina Silva Portero, “¿Qué es el *buen vivir* en la Constitución?”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit. *Constitución 2008 en el contexto andino*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 125.

parte orgánica establece la estructura estatal, la forma de gobierno, su separación en funciones; y, las competencias y facultades de las instituciones que integran el poder público.

2.1.1. El Plan Nacional del Buen Vivir.¹¹²

Como ya lo dije anteriormente, y con lo cual coincide el doctor José Troya Jaramillo, la Constitución del 2008 a diferencia de la de 1998, dio gran importancia a la planificación, ya que ninguno de los gobiernos anteriores le había dado tal categoría, destacando la institucionalidad creada para el efecto, esto es la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES),¹¹³ ya que a criterio del mencionado autor en la Constitución vigente se definen los sistemas que integran el régimen de desarrollo, aludiendo particularmente al sistema económico, que garantiza el *buen vivir*, pero que establece como obligación del Estado la planificación del desarrollo para alcanzar la equidad social y territorial.¹¹⁴ Adicionalmente nos dice que nuestra Carta Fundamental, alude al sistema económico, sus principios y a la planificación enfatizando en el desarrollo, complementado por los sistemas políticos, socioculturales y ambientales.¹¹⁵ Siendo este ámbito una de las principales diferencias entre ambas constituciones, ya que el vigente régimen de desarrollo, pretende construir un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible.¹¹⁶

En relación con lo antes dicho, la trascendencia de la planificación rebasa a su reconocimiento constitucional y a su institucionalización, ya que su relevancia radica en *cómo* y *qué* debe hacerse, por lo que previo a profundizar en el análisis del Plan Nacional del Buen Vivir del período actual de gobierno, es necesario mencionar que el Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado, inició su período cuando aún se encontraba vigente la Constitución de 1998, razón por la que –como afirma Víctor Hugo Albán Romero–, una vez aprobada la Constitución de

¹¹² En adelante me referiré al mencionado documento como Plan Nacional del Buen Vivir o simplemente PNBV.

¹¹³ José Vicente Troya Jaramillo, “El modelo económico, financiero y tributario de la Constitución 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 317-8.

¹¹⁴ Artículo 275 de la Constitución.

¹¹⁵ Artículos 242, 254 y 255 de la Constitución.

¹¹⁶ Artículo 276 numeral 2 de la Constitución.

Montecristi, el primer Plan Nacional fue el elaborado para el período 2007-2010, según el Plan de Gobierno presentado para la campaña presidencial, documento que fue discontinuado y remplazado por el primer Plan Nacional para el Buen Vivir (2009-2013), éste ya elaborado dentro del nuevo marco constitucional.¹¹⁷

Siguiendo lo dicho por Albán Romero, el PNBV 2009-2013, fue más generoso en propuestas temáticas, estrategias, macro objetivos e instrumentos de política económica, social e institucional, pero no aportó con una definición del *buen vivir*. En cuanto al cambio de la matriz productiva se hizo una breve referencia a la matriz energética, que forma parte de ella, pero no se profundizó en la misma, razón por la que en el Plan Nacional para el Buen Vivir vigente (2013-2017), a diferencia de su predecesor, establece como objetivo la transformación de la matriz productiva.

Lo referido por los autores Troya Jaramillo y Albán Romero, coincide con los instrumentos elaborados por SENPLADES, ya que el más reciente PNBV 2013-2017 define al *buen vivir* como: “[...] la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad. No es buscar la opulencia ni el crecimiento económico infinito.”¹¹⁸

Para lograr el ansiado *buen vivir*, el Plan Nacional de Desarrollo de SENPLADES, enfatiza en la planificación y se enfoca en los derechos desde la misma, afirmando que la Constitución del 2008 establece una concepción distinta sobre la planificación nacional, al instaurar una nueva relación entre la política pública, la garantía de derechos y los objetivos del desarrollo,¹¹⁹ concluyendo que con el nuevo constitucionalismo, el Ecuador pasa a ser un *Estado constitucional de derechos y justicia*, y supera la noción tradicional de la Carta Magna de 1998, que establecía que el Estado es *social de derecho*, pero que rebasa lo semántico, y por el contrario tiene implicaciones en el rol a cumplir por parte del Estado, en la concepción y el ejercicio de los derechos humanos y de la naturaleza, así como también en la planificación nacional.¹²⁰

¿Cómo se traduce o explica lo antes dicho? Siguiendo el criterio del autor Troya Jaramillo –con el cual coincido–, para alcanzar el *buen vivir* el Estado debe

¹¹⁷ Víctor Hugo Albán Romero, *La Matriz Productiva y el Buen Vivir*, (Quito: Colegio de Economistas de Pichincha, 2014), 17.

¹¹⁸ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017 (Versión Resumida)*, (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013), 11.

¹¹⁹ *Ibíd.*, 47.

¹²⁰ *Ibíd.*

procurar producir bienes, crear y mantener la infraestructura, proveer de adecuados servicios públicos e impulsar el desarrollo de actividades económicas;¹²¹ y, todo ello es precisamente el punto de convergencia con el cambio de la matriz productiva –a la cual me referiré más adelante–, pero también tiene relación con la libre competencia y la contratación pública, ya que constituyen instrumentos esenciales para lograr que las personas puedan elegir y acceder a obras, bienes y servicios de óptima calidad, ya sea que participen como usuarios o consumidores en el mercado,¹²² o en su defecto que requieran de la prestación de servicios públicos,¹²³ sean estos proporcionados por instituciones públicas,¹²⁴ o por personas naturales y jurídicas privadas¹²⁵—en algunos casos de forma excepcional—, sin dejar de lado la responsabilidad social y ambiental que les corresponden a las personas individual y colectivamente.¹²⁶

2.1.1.1.Objetivos para el Buen Vivir.

El Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 plantea doce objetivos nacionales, ahora bien, ¿con cuál de los objetivos tiene relación –no exclusiva ni única– la libre competencia y la contratación pública? Fundamentalmente con los objetivos 8 y 10:

8. Consolidar el sistema económico social y solidario, de forma sostenible;

10. Impulsar la transformación de la matriz productiva;

En el caso del primero de los mencionados, aspira a *consolidar el sistema social y solidario, de forma sostenible*, y establece como políticas –entre otras–:

¹²¹ Troya Jaramillo, “El modelo económico, financiero y tributario de la Constitución 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 318.

¹²² Artículo 52 de la Constitución.

¹²³ Artículo 83 numeral 9 de la Constitución.

¹²⁴ Artículo 85 numerales 1 y 3 de la Constitución.

¹²⁵ Artículo 66 numeral 25 de la Constitución.

¹²⁶ Artículo 278, numeral 2 de la Constitución.

- a) Invertir los recursos públicos para generar crecimiento económico sostenido y transformaciones estructurales.
- b) Consolidar el papel del Estado como dinamizador de la producción y regulador del mercado.
- c) Profundizar las relaciones del Estado con el sector popular y solidario.
- d) Articular la relación entre el Estado y el sector privado.

Por su parte el objetivo 10, cuyo fin es *impulsar la transformación de la matriz productiva*, tiene entre sus políticas:

- a) Diversificar y generar mayor valor agregado en la producción nacional.
- b) Diversificar y generar mayor valor agregado en los sectores prioritarios que proveen servicios.
- c) Fortalecer la economía popular y solidaria –EPS–, y las micro, pequeñas y medianas empresas –Mypymes– en la estructura productiva.
- d) Impulsar la inversión pública y la compra pública como elementos estratégicos del Estado en la transformación de la matriz productiva.
- e) Impulsar las condiciones de competitividad y productividad sistémica necesarias para viabilizar la transformación de la matriz productiva y la consolidación de estructuras más equitativas de generación y distribución de la riqueza.

Coincido con el criterio de la doctora Inés María Baldeón Barriga, quien manifiesta que en la política económica ecuatoriana en materia de contratación pública existen varios criterios de priorización, preferencia y procedimientos especiales, que permiten cumplir con los objetivos 8 y 10 del Plan Nacional del Buen Vivir, y que promueve el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP); estos criterios son:¹²⁷

¹²⁷ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 136-41.

1. Priorización de la contratación nacional en relación con la contratación extranjera.
2. Priorización o establecimiento de criterios de preferencia o ventaja para la contratación de determinados actores económicos, atendiendo a su tamaño y connotación asociativa, razón por la que en determinados procesos de contratación se debe contratar exclusivamente a micro y pequeñas empresas o a actores de la economía popular y solidaria.
3. Priorización en la contratación de actores económicos en consideración a la localidad, enfocado a criterios de exclusividad o preferencia a favor de proveedores ubicados en determinada circunscripción territorial en la que se vaya a ejecutar la obra, o se requiera el aprovisionamiento de bienes, o la prestación del servicio. Lo anterior combinado con factores del tamaño del proveedor u oferente para establecer los criterios de preferencia.
4. Establecimiento de procedimientos de régimen especial para la contratación de determinados proveedores o productos y servicios considerados sensibles o estratégicos.
5. Establecimiento de procedimientos de régimen especial, generalmente directos, para la contratación interadministrativa, es decir aquella realizada entre entidades públicas, incluyendo a empresas públicas; considerando además que dicha preferencia se extiende a instituciones y empresas extranjeras que tengan carácter de públicas; y,
6. Establecimiento de procedimientos de contratación especial – directos por lo general–, para superar situaciones de emergencia.

En la presente investigación haré referencia a los procedimientos de contratación pública referidos en los numerales 4 y 5 antes mencionados, que guardan relación directa con el objetivo del éste trabajo, así como con los objetivos 8 y 10 del Plan Nacional de Desarrollo.

2.1.2. La Matriz Productiva.

Para la presente investigación traté de buscar una definición de *matriz productiva*, pero en dicho intento me percaté de que la *transformación* de dicha matriz no se define, sino que se explica, razón por la que procuraré hacerlo en términos entendibles no desde el punto de vista técnico o económico –como también lo he leído–, sino general y amplio, considerando que los planteamientos del presente trabajo pretenden dirigirse no únicamente a profesionales del derecho, sino de todos los ámbitos.

Empezaré despejando una primera interrogante, ¿la transformación o cambio de la matriz productiva es un tema de actualidad? La respuesta obvia sería no, aunque anteriormente no se conceptualizaba en esos términos, pero sobre su contenido ya se había planteado y debatido inicialmente en la década de los noventa,¹²⁸ conforme lo dice Jaime Galarza Erazo, quien en su artículo sobre la transformación de la matriz productiva, cita varios artículos de economía del semanario *Martes Económico* y nos dice que en su momento personajes como Ángel Riofrío,¹²⁹ realizó un análisis de los retos que en el Ecuador enfrentaría al terminarse las reservas de petróleo, y anotaba que no se habían tomado las debidas precauciones a pesar de que *los estudios y estimaciones* determinaban que no existían nuevas reservas y que las proyecciones confirmaban que se agotarían en el 2010. Esto sumado a doce retos que ese cambio plantearía, dentro de los cuales se destacan: el aseguramiento de la alimentación de la población como principal objetivo; la diversificación de la oferta exportable nacional; la restructuración del Estado; y, la formación de recursos humanos. Todo lo cual se conseguiría con una profunda reforma del sistema educativo en todos sus niveles, particularmente de investigación para al alcanzar el desarrollo, todo lo cual debía plasmarse en un Programa Nacional de Desarrollo con objetivos a largo plazo.

Siguiendo el mismo pensamiento del referido autor, explica que en este período de transición hacia una economía no basada en el petróleo, es fundamental que dichos ingresos financien las bases de la nueva estructura productiva, para la consecución del desarrollo económico cimentado en la restructuración de las industrias, siendo necesaria una transformación productiva asociada a cambios en la

¹²⁸ Por cuanto ya en aquella época se discutía sobre el agotamiento del petróleo como principal componente del presupuesto del Estado

¹²⁹ Ángel Riofrío, *El Ecuador sin petróleo*, *Martes Económico* No. 212 (29 de diciembre de 1992), citado por Jaime Galarza Erazo, “Transformación de la matriz productiva”, *Análisis Económico*, 25,(2013): 69.

realidad política y macroeconómica industrial actual, resultando primordial el reordenamiento total de la estructura institucional pública y privada; y concluye que, si el cambio o transformación no se produce será difícil vislumbrar un futuro en el que se superen las condiciones de atraso y subdesarrollo, y en consecuencia las brechas generadas que han profundizado el desequilibrio económico nacional se mantendrán, o peor aún agravarían las diferencias entre los ecuatorianos.¹³⁰

Lo anterior nos lleva a plantearnos una segunda interrogante, particularmente a partir del inicio del actual período presidencial: ¿Por qué en el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 se planteó un cambio de la matriz productiva y no se lo hizo durante el período de gobierno 2009-2013?

Para el Vicepresidente de la República, ingeniero Jorge Glas Espinel, la explicación es sencilla; esto se habría dado por la falta de condiciones habilitantes para la transformación de la matriz productiva durante el período 2007-2013, ya que no existía conectividad a nivel nacional,¹³¹ puertos y aeropuertos de primer orden, vías adecuadas y debidamente mantenidas, energía eléctrica suficiente para satisfacer la demanda de la industria, entre otras condiciones necesarias y apropiadas para el reto que implica el cambio de la matriz mencionada. A esto hay que sumarle otros factores como la falta de inversión en proyectos para el aprovechamiento de energías renovables, así como también en educación e investigación.¹³²

Un primer paso –ya tomado– lo constituye lo que se ha denominado por parte del gobierno como *matriz energética* o *sector energético*, que busca la generación de energía a menor precio y menos contaminante sobre la base de la utilización de fuentes alternativas.¹³³

En el sector petrolero se pretende concluir con la ejecución de la Refinería del Pacífico “Eloy Alfaro”, cuya inauguración se tenía prevista para el año 2016; siendo el aporte de esta refinería en materia de derivados de petróleo, básicamente hidrocarburos, así como en el desarrollo de la industria petroquímica, esto último

¹³⁰ Jaime Galarza Erazo, “Transformación de la matriz productiva”, en Colegio de Economistas de Pichincha, edit. *Análisis Económico* 25, (Quito: Colegio de Economistas de Pichincha, 2013), 67.

¹³¹ Ésta únicamente se daba a nivel de las principales ciudades del país: Quito, Guayaquil y Cuenca.

¹³² Consulta: 11 de julio de 2015. <<http://www.revistalideres.ec/lideres/jorge-glas-cambiar-estructura-economica.html>>.

¹³³ Víctor Hugo Albán Romero, *La Matriz Productiva y el Buen Vivir*, (Quito: Colegio de Economistas de Pichincha, 2014), 66-7.

conjuntamente con los proyectos de explotación y aprovechamiento de gas natural existentes en el país.¹³⁶

Asimismo, en lo que sí ha hecho énfasis el gobierno de turno, es en afirmar que la transformación de la matriz productiva requiere una apuesta por el mejoramiento de la educación superior del país y de la formación profesional y técnica en el exterior en aquellos ámbitos en los que no poseemos capacidad para el desarrollo de ciencia y tecnología e investigación; todo ello, con el propósito de contribuir con el desarrollo y fortalecimiento del talento humano, es decir de *profesionales y trabajadores especializados* en los nuevos segmentos de producción, ya que las nuevas tecnologías como los bienes y servicios dependen de científicos y tecnólogos, desde el proceso de abastecimiento de materias primas e insumos, atravesando por los procesos de transformación, hasta su producción final para la comercialización en el mercado.¹⁴⁴

Lo dicho en párrafos precedentes influirá directamente en la producción de servicios y bienes terminados, ya que la intención es que tengan un mayor componente de materias primas e insumos nacionales; y, también promover su consumo a nivel local y nacional, en lo cual juega un rol preponderante las compras públicas, así como la regulación y control del poder de mercado; y, de los derechos de los usuarios y consumidores.

2.2.Nuevo marco legal en materia de contratación pública frente al principio de libre competencia.

Para entender el nuevo marco normativo de contratación pública, enfatizo nuevamente en lo que establece la Constitución de Montecristi, así como en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, conocido como Plan Nacional del Buen Vivir, ya que si reflexionamos sobre los considerandos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁴⁵, se enfatiza en los errores cometidos en el pasado, como la ausencia de planificación y la falta de políticas en cuanto a

¹³⁶ Víctor Hugo Albán Romero, *La Matriz Productiva y el Buen Vivir*, (Quito: Colegio de Economistas de Pichincha, 2014), 68.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, 75.

¹⁴⁵ En adelante también me referiré a dicha ley como LOSNCP.

compras públicas, situaciones que originaron que la normativa vigente hasta antes del 4 de agosto de 2008 promueva la realización de procedimientos de contratación predominantemente arbitrarios, discriminatorios y bajo un evidente esquema de derroche de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes estatales.

En este contexto, era indispensable promover un proceso de innovación en materia de contratación pública, mediante la realización de procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos públicos y que faciliten las labores de control de las entidades contratantes, de los propios proveedores u oferentes de obras, bienes y servicios; así como también de la ciudadanía en general. Es así que se consideró necesario la creación de un Sistema Nacional de Contratación Pública, que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las contrataciones de obras, bienes y servicios que se realicen con dinero del presupuesto estatal; para lo cual era indispensable la utilización de mecanismos tecnológicos que permitan no solo socializar los requerimientos de las entidades contratantes, sino también generar una transaccionalidad real a través del sistema que permita pasar de una mera pizarra electrónica que publica los procesos, a un sistema en el que se desarrollen en sí mismos los procesos de contratación; facilitando con ello una mayor participación de personas naturales y jurídicas en los referidos procesos.

La Constitución y la LOSNCP disponen que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, enfatizando que la utilización de los recursos públicos en la ejecución de obras, adquisición de bienes y contratación de servicios, deben constituir un elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando primeramente la capacidad nacional y promoviendo la generación de ofertas competitivas de origen ecuatoriano; con el fin de impulsar la producción nacional, principalmente la que provenga de la economía popular y solidaria y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, que a su vez fomenten la generación de empleo, el mejoramiento industrial, la asociatividad entre proveedores, cuyo fin último es procurar una adecuada redistribución de la riqueza.

Ahora bien, al haberse expedido la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tres años después de la LOSNCP, ocasionaron que en ésta última

no se hayan previsto con énfasis principios del derecho de la competencia; mientras que la LORCPM por el contrario, sí incluyó en su articulado aspectos relacionados con la contratación pública, y que precisamente se refieren al principio de libre competencia que deben observar las entidades contratantes, obligándolas a respetar y aplicar los principios, derechos y obligaciones consagrados en la LORCPM;¹⁴⁶ y, en la misma línea de opinión, se prohíbe a los operadores económicos –que actúen en calidad de proveedores del sector público–, el cometimiento de actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y otras conductas asumidas –cualquiera sea la forma que adopten–, en los procedimientos de contratación pública, y que tengan como propósito impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia; ya sea en la presentación de ofertas, o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro oferente.

A criterio de la doctora Inés María Baldeón Barriga, los procedimientos de régimen especial previstos en la LOSNCP son legales y susceptibles de aplicación, siempre que se determine su pertinencia y se observe el trámite previsto en la normativa vigente; pero asimismo considera necesario debatir sobre la armonización de los regímenes de contratación pública y la libre competencia, en atención a que existen argumentos válidos desde ambos ámbitos del derecho; ya que por una parte se ratifica la importancia de que exista un régimen especial; y por otra, de que dichos procedimientos quizás ameritan un reajuste, con el fin de articular las mencionadas leyes orgánicas, y así evitar que la discrecionalidad reglada de la que gozan las entidades contratantes se torne en arbitrariedad, en perjuicio de los recursos públicos y de la eficiencia y eficacia que se pretende alcanzar; ya que si esto último sucede –o continúa sucediendo como se afirma–, estaríamos frente a una situación atentatoria de los principios establecidos en materia de contratación pública y también –y sobre todo– de libre competencia.¹⁴⁷

Lo anterior tiene relación con los preceptos de derecho comparado, puesto que existen autores que consideran que el principio de concurrencia en materia de contratación pública, constituye la *interdicción* de la arbitrariedad así como garantiza que los contratistas, cumplan con sus obligaciones contractuales, lo que incide

¹⁴⁶ Artículo 33 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

¹⁴⁷ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 194.

directamente en el cumplimiento de los fines de las administraciones públicas contratantes.¹⁴⁸

Sobre lo dicho en líneas precedentes volveré a referirme en el capítulo siguiente, en el cual ya profundizaré en el análisis de la aplicabilidad y eficacia del principio de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y realizados conforme a la misma y a su normativa secundaria.

2.2.1. Antecedentes del Sistema Nacional de Contratación Pública y principios rectores.¹⁴⁹

En materia de contratación pública encontramos un antes y un después claramente definido a nivel de legislación, ya que en agosto de 2008 se promulgó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; no obstante, debemos tener presente que el proceso de transformación en compras públicas y la creación de su sistema nacional inició con anterioridad a la publicación de la LOSNCP, considerando que el Presidente de la República, había suscrito cuatro decretos ejecutivos relevantes y que antecedieron a la mencionada ley.

El primero fue el Decreto Ejecutivo No. 145 de 27 de febrero de 2007,¹⁵⁰ con el cual se dispuso que el Ministerio de Industrias y Competitividad (MIC), cumpla con el objetivo central de reactivar y fomentar la industria nacional, elevar sostenidamente la capacidad tecnológica y la competitividad de la industria ecuatoriana para consolidar su posicionamiento en el mercado interno y hacer posible su participación creciente en los mercados internacionales; estableciendo para el efecto objetivos específicos, entre los principales:

- Promover las compras públicas como un medio para reactivar y dinamizar la producción nacional, aplicando metodologías de

¹⁴⁸ Víctor Escartín Escudé, “Principios Generales de la Contratación Pública”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, (Madrid: Iustel, 2009), 506.

¹⁴⁹ Inés María Baldeón Barriga y Carlos Baldeón Barriga, *Sistema Nacional de Contratación Pública – Análisis y comentarios sobre los nuevos procedimientos de contratación vigentes*, 2ª. ed.(Quito: Mikarian, 2011), 15-6.

¹⁵⁰ Publicado en el Registro Oficial No. 37 de 9 de marzo de 2007.

desagregación tecnológica y administrando un Sistema Nacional de Compras Públicas transparente y efectivo;

- Promover el incremento sostenido de la productividad y el valor agregado;
- Desarrollar políticas de comercio interior y exterior, que dinamicen la producción nacional, aseguren condiciones leales y equitativas de competencia, mejoren la competitividad y satisfagan las necesidades del consumidor.

Posteriormente, mediante Decreto No. 258 de 9 de abril de 2007,¹⁵¹ se creó el Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP),¹⁵² entendido como el conjunto de procesos, procedimientos y mecanismos de evaluación de las compras realizadas por las instituciones del Estado, orientado a la consecución, entre otros, de los siguientes objetivos generales:

- Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en las compras públicas.
- Convertir las compras públicas en un elemento dinamizador de la producción nacional.
- Promover la participación de micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, como proveedoras del sector público.
- Modernizar los procesos de compras públicas para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado.

Asimismo, dicho decreto establece el Consejo Nacional de Compras Públicas integrado por dos ministros sectoriales Industrias y Competitividad y Economía y Finanzas; el ministro coordinador de la Producción; el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo; tres representantes de cámaras y sectores productivos a saber: el Presidente de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción; el Presidente

¹⁵¹ Publicado en el Registro Oficial No. 66 18 de abril de 2007, reformado mediante Decreto No. 386 de 11 de junio de 2007, publicado en Registro Oficial No. 110 de 21 de junio de 2007.

¹⁵² En adelante me referiré a este como Sistema Nacional de Contratación Pública o simplemente SNCP.

de la Federación Nacional de Cámaras de Industrias del Ecuador; el Presidente de la Federación Nacional de Cámaras de la Pequeña Industria; y, un representante de los sectores de microempresarios, artesanos y pequeños productores del campo. Además podían participar con voz pero sin voto el Procurador y Contralor generales del Estado.

Entre las principales funciones y atribuciones del mencionado consejo tenemos:

- Planificar, priorizar, proponer y promover la política nacional en materia de compras públicas, de conformidad con los objetivos determinados en el presente decreto.
- Elaborar y presentar propuestas de reformas al ordenamiento jurídico vigente en el ámbito de la contratación pública.

El referido decreto concluyó con la creación de la Subsecretaría de Innovación Tecnológica y Compras Públicas del Ministerio de Industrias y Competitividad, como Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Compras Públicas, a la cual le correspondía principalmente:

- Presentar informes técnicos relacionados con las políticas y normativas de compras públicas.
- Administrar el Registro Único de Proveedores (RUP).
- Administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador.

Posteriormente, mediante Decreto No. 744 de 14 de noviembre de 2007,¹⁵³ se creó el portal del Sistema Oficial de Contratación Pública y de Consultoría del Ecuador denominado www.compraspublicas.gov.ec, como herramienta informática de la Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Compras Públicas, para implementar la política de transparencia y compra electrónica o subasta en línea, en el sector público ecuatoriano.

¹⁵³ Publicado en el Registro Oficial No. 221 de 28 de noviembre de 2007.

En el mismo decreto se dispuso que todos los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva, debían publicar en el mencionado portal los procedimientos precontractuales y documentos contractuales relativos a la adquisición de bienes y servicios, y construcción de obras, de conformidad a lo que defina el Consejo Nacional de Compras Públicas.

El aludido decreto concluye con una reforma a la normativa reglamentaria de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información, para que las instituciones que conforman el sector público difundan obligatoriamente la información en el portal de compras públicas.

Como corolario, mediante Decreto Ejecutivo No. 1091 de 18 de mayo de 2008,¹⁵⁴ se estableció la reglamentación para el procedimiento de subasta inversa electrónica para la adquisición de bienes normalizados, cuyo presupuesto referencial supere el cinco por ciento (5%) del monto establecido anualmente para el valor piso del concurso público de ofertas y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002¹⁵⁵ por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En el decreto en mención se definió por primera vez a los bienes normalizados y estandarizados, como aquellos que se encuentran incorporados en el catálogo del portal de compras públicas, cuyas características o especificaciones técnicas son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones, de manera que, previo el cumplimiento de los requerimientos determinados en las bases, el parámetro de adjudicación será su precio.

El reglamento ibídem ratificó que el administrador y operador del Registro Único de Proveedores (RUP), es el Ministerio de Industrias y Competitividad (MIC); y, determinó la obligatoriedad de registro y habilitación en el RUP de los proveedores que deseen participar en los procedimientos de subasta inversa electrónica, que además debían conformar una comisión de tres personas para su tramitación.

Adicionalmente se estableció que la adquisición de bienes no normalizados, así como de obras y servicios no regulados por la Ley de Consultoría –vigente en aquella época–, debían sujetarse a los reglamentos de cada entidad; y, facultó a las entidades contratantes para que apliquen otros procedimientos de acuerdo a sus

¹⁵⁴ Publicado en el Registro Oficial No. 351 de 3 de junio de 2008.

¹⁵⁵ En el año 2008, dicho monto ascendía a USD \$316.359,08.

normas internas de contratación, para la contratación de bienes normalizados únicos en el mercado.

Finalmente, el 4 de agosto de 2008 se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 395, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que derogó de manera expresa y completa las leyes vigentes en aquella época:

1. Codificación de la Ley de Contratación Pública; y,¹⁵⁶
2. Codificación de la Ley de Consultoría.¹⁵⁷

En lo que respecta a los principios, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el artículo 4, realiza una enunciación taxativa de los mismos, pero no define cada uno de ellos, únicamente se limita a decir que dicha ley y los contratos derivados de ella, observarán los principios de: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional, razón por la que es necesario recurrir a la doctrina para profundizar en cada uno de ellos; previo a lo cual debo mencionar el artículo 5 de la ley ibídem, ya que dicho texto establece que los procedimientos y los contratos sometidos a la LOSNCP, se interpretarán y ejecutarán conforme los principios antes referidos, tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución de lo convenido.

Legalidad.- Constituye el principio del derecho público por excelencia, que prescribe que únicamente puede hacerse lo que expresamente ha previsto el ordenamiento jurídico, y, por lo tanto, las instituciones, organismos y dependencias del Estado y los servidores públicos y demás personas atribuidas de potestades estatales, deben sujetar sus actuaciones a lo previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, y en la ley, en nuestro caso, la LOSNCP.

Recordemos además que se deberá observar las disposiciones constantes en el RGLOSNCP, decretos ejecutivos de la materia,¹⁵⁸ así como en las resoluciones emitidas por el entonces Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), y por

¹⁵⁶ Publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero del 2001.

¹⁵⁷ Publicada en el Registro Oficial No. 455 de 5 de noviembre del 2004.

¹⁵⁸ Uno de estos instrumentos lo constituye el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la Administración Pública, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 3179 de 10 de octubre de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002.

el actual Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP),¹⁵⁹ ya que en esta normativa secundaria se establecen requisitos y trámite de los procedimientos precontractuales.¹⁶⁰

El principio de legalidad tiene como objetivo fundamental regular la potestad discrecional, evitar el ejercicio arbitrario de las competencias y facultades atribuidas, garantizar seguridad jurídica a los administrados,¹⁶¹ y salvaguardar el interés público.¹⁶²

Trato justo e Igualdad.- Los principios de trato justo e igualdad exigen que debe darse a los oferentes que participan en los procedimientos precontractuales el mismo tratamiento, por lo que debe evitarse tratos preferentes o discriminatorios¹⁶³ entre los proponentes.¹⁶⁴ Sobre este punto debo mencionar que, partiendo del principio de igualdad establecido en la Constitución,¹⁶⁵ en materia de contratación pública también se prevé la igualdad formal y material, ya que en principio todos somos *iguales ante la ley* –igualdad formal–, según el primer inciso del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución; pero se garantiza además la *igualdad entre iguales* valga la redundancia –igualdad material–, conforme lo establece el mismo artículo en mención en su tercer inciso. Lo dicho, en el caso de la igualdad formal se encuentra prevista en la LOSNCP y su Reglamento General, así como también en los modelos pliegos del SERCOP y en su portal institucional al momento de realizar los procedimientos precontractuales.¹⁶⁶

Lo antes dicho permitirá que se realicen procedimientos precontractuales objetivos, y procurando evitar condiciones subjetivas o discriminatorias.¹⁶⁷

¹⁵⁹ En adelante también me referiré a dicha institución como SERCOP.

¹⁶⁰ Antonio José Pérez, Daniel López y José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 64-5.

¹⁶¹ William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, t. I, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012), 116-17.

¹⁶² Artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁶³ Siguiendo el criterio de la doctora Inés María Baldeón Barriga, la no discriminación en el marco de la contratación pública debe ser entendida como la necesidad de que haya igualdad de oportunidades para los proveedores u oferentes al momento de competir. En Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 190.

¹⁶⁴ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 65-6.

¹⁶⁵ Artículos 11 numeral 2, y 66 numeral 4 de la Constitución.

¹⁶⁶ En el caso de la igualdad formal tenemos el artículo 63 numerales 2, 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; artículos 20 inciso final, 21 y 23, de su Reglamento General. Mientras que en el caso de la igualdad material, la encontramos en los artículos 25.1, 25.2, 41 inciso segundo, 52, de la LOSNCP, y artículo 16 del RGLOSNCP.

¹⁶⁷ William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, t. I, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012), 117-18.

Calidad (y eficiencia).- Constituye un principio no únicamente de la LOSNCP sino también de jerarquía constitucional,¹⁶⁸ y se vincula además con la eficiencia, ya que las obras, bienes o servicios deben propender a satisfacer las necesidades públicas de manera directa o indirecta. Tratándose de obras y bienes, se debe buscar la mejor calidad, y en el caso de la prestación de servicios deben ser eficientes,¹⁶⁹ razón por la que los procedimientos precontractuales previstos en la normativa de contratación pública, busca que las entidades contratantes seleccionen las ofertas que cumplan con las mejores condiciones técnicas y económicas.¹⁷⁰

Debo enfatizar que, aun cuando la LOSNCP prevé procedimientos precontractuales para el caso de bienes y servicios normalizados, en los cuales se busca obtener los precios más bajos, ello no implica un detrimento a la calidad y eficiencia de las obras, bienes o servicios, porque en primera instancia se debe analizar que las propuestas presentadas cumplan con los requerimientos y lo establecido en las especificaciones técnicas o términos de referencia –según el caso–, que constarán en los respectivos pliegos, luego de lo cual se considerará el precio que resulte más conveniente.¹⁷¹

Vigencia tecnológica.- Este principio puede observarse desde una doble perspectiva. La primera consiste en la realización de los procedimientos de contratación utilizando el portal institucional del SERCOP www.compraspublicas.gob.ec, por parte todas las entidades contratantes sujetas al ámbito de la LOSNCP, siendo un aspecto innovador la utilización medios electrónicos para la tramitación de las etapas precontractuales y de ejecución contractual en materia de contratación pública, lo que ha permitido agilizarla, modernizarla, democratizarla y transparentarla.¹⁷²

La segunda perspectiva se refiere a la ejecución de procedimientos precontractuales en consonancia con el desarrollo actual de las tecnologías y sus avances;¹⁷³ y, que las entidades contratantes cuenten con los correspondientes mantenimientos preventivos y correctivos, garantías técnicas, reposición temporal o

¹⁶⁸ Artículo 288 de la Constitución.

¹⁶⁹ López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, t. I, 118.

¹⁷⁰ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 66-7.

¹⁷¹ Sobre este principio encontramos el artículo 6 numerales 17, 18 y 19, artículo 9 numeral 1, artículos 41, 45, 56, artículo 74 inciso primero y artículo 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; artículo 3 inciso final, artículo 20 inciso tercero, artículo 73 segundo inciso, artículo 76, artículo 80 incisos finales, artículos 83 y 85 del Reglamento General de la LOSNCP.

¹⁷² Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 67.

¹⁷³ López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, t. I, 118.

definitiva, según la naturaleza de cada objeto contractual,¹⁷⁴ de tal forma que se garantice la prestación de servicios públicos en los términos previstos en la Constitución.¹⁷⁵

Oportunidad.- La oportunidad surge como un principio que se complementa con el de vigencia tecnológica, debido a que el uso del portal de compras públicas, constituye una herramienta innovadora que ha permitido agilizar la tramitación de los procedimientos precontractuales y como consecuencia de ello, que las entidades contratantes puedan disponer de obras, bienes o servicios en plazos reducidos según la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, si lo comparamos con la normativa anterior a la expedición de la LOSNCP, su Reglamento General y las resoluciones del ente rector de la contratación pública.

Ejemplo de lo antes dicho lo constituye el procedimiento de contratación de catálogo electrónico, que podría realizarse en cuestión de horas, sin perjuicio de los requisitos establecidos por la normativa; asimismo la eliminación de los informes previos de la Procuraduría y Contraloría generales del Estado para la celebración de los contratos,¹⁷⁶ aunque el debate aún persiste sobre la necesidad de contar con dichos informes, ya que los dictámenes también se vinculaban a otros principios como el de legalidad, calidad, transparencia y publicidad.

La oportunidad también se encuentra vinculada a la discrecionalidad reglada de las actuaciones de las administraciones públicas, ya que al momento de la evaluación previa a la contratación de obras, bienes o servicios, se deben observar los criterios establecidos en los pliegos de los procedimientos precontractuales para la elección de las mejores ofertas, siempre procurando la satisfacción del interés público que en materia de contratación pública se refleja en la adecuada prestación de servicios públicos.¹⁷⁷

Concurrencia.- Este principio es de vital importancia en materia de contratación pública, ya que permite materializar el trato justo, la igualdad y la participación de los proveedores que pretenden contratar con las entidades requirentes.

¹⁷⁴ Decreto Ejecutivo No. 1515 de 15 de mayo de 2015, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 5 de 31 de mayo de 2013.

¹⁷⁵ Artículos 227, 277 numeral 4, y 314 de la Constitución.

¹⁷⁶ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 68.

¹⁷⁷ Artículo 7 del Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la Administración Pública, antes mencionado.

También resulta fundamental para la libre competencia, ya que constituye un mecanismo para su promoción en contratación pública, garantizando de esta forma que las administraciones contratantes obtengan ofertas adecuadas al mercado y a sus necesidades.¹⁷⁸ Sobre el particular Roberto Dromi opina que, la concurrencia asegura la participación de un mayor número de proponentes al momento de efectuar la contratación, existiendo asimismo una mayor competencia entre ellos, lo que necesariamente impide a las entidades contratantes establecer e imponer condicionamientos que restrinjan su participación en el procedimiento precontractual.¹⁷⁹

Transparencia.- Este es un principio trascendental en materia de contratación pública, ya que las entidades contratantes disponen de recursos públicos, los mismos que deben ser invertidos adecuadamente, de tal forma que la transparencia constituye un arma para la lucha contra la corrupción¹⁸⁰ y las desviaciones de poder que podrían cometer las administraciones públicas en los procedimientos precontractuales, particularmente al momento de la adjudicación;¹⁸¹ por ello la importancia de la herramienta del portal de compras públicas y de la relativamente reciente creación del SERCOP, que lo administra y que además ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La transparencia tiene directa vinculación con otros principios como la concurrencia y con la publicidad –que analizaré enseguida–, ya que una mayor participación de oferentes, implica que las entidades que requieren obras, bienes o servicios, puedan elegir a los mejores postulantes, así como obtenerlos de la forma más conveniente en términos de calidad y precio; siempre observando el cumplimiento de los requisitos, las especificaciones de lo solicitado y la capacidad de los participantes establecidas en los pliegos.

El principio de transparencia también permite –o al menos debería permitir– al Estado y a las instituciones del sector público, combatir la corrupción originada en su contraparte –es decir en los proveedores–, quienes pueden cometer distintos actos por cuenta propia, en asociación entre ellos, o con la complicidad de funcionarios

¹⁷⁸ Escartín Escudé, “Principios Generales de la Contratación Pública”, 506.

¹⁷⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 10ª. ed., (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004), 502.

¹⁸⁰ Como ejemplos de corrupción originada desde el sector público puedo mencionar: malversación de fondos públicos, sobornos, colusión, tráfico de influencias.

¹⁸¹ Escartín Escudé, “Principios Generales de la Contratación Pública”, 507.

públicos,¹⁸² casos en los cuales aunque parezca que se afectan otros principios como el trato justo, la igualdad, la concurrencia, la discriminación de tales oferentes se justificaría plenamente si el propósito es la defensa del interés público y de los recursos a invertirse, así como el amparo y auspicio de los demás postulantes que concurren de buena fe y que cumplen con la normativa del ordenamiento jurídico establecido.

Publicidad.- El principio de publicidad se vincula estrechamente con otros principios como la concurrencia, la transparencia, el trato justo y la igualdad, y cumple un doble propósito en materia de contratación pública. Su primer objetivo se materializa con la utilización del portal de compras públicas para el caso de la realización de los procedimientos precontractuales, permitiendo por tanto la concurrencia y participación de todos los proveedores que estén en condiciones de ofertar, y su interacción con las entidades contratantes en cada una de las etapas;¹⁸³ e incluso con la posibilidad de realizar reclamaciones y obtener rectificaciones por parte de las administraciones públicas o contar con la intervención del SERCOP cuando fuere el caso,¹⁸⁴ con lo cual se garantiza la transparencia. El segundo, se concreta con la publicación en el portal de compras públicas, de la información de todos los procedimientos precontractuales,¹⁸⁵ incluidos los de régimen especial para los cuales, además de la publicación previa, se prevé la obligación de publicación posterior;¹⁸⁶ con la excepción de los relacionados con los de seguridad interna y externa, protegidos por el principio de confidencialidad y reserva;¹⁸⁷ de las contrataciones que hayan previsto realizar las entidades contratantes relacionadas con actividades empresariales o de carácter estratégico, que no serán publicadas como parte del respectivo Plan Anual de Contratación, con la finalidad de que dicha información no afecte el sigilo comercial y de estrategia;¹⁸⁸ y de otros casos acorde a la aplicación de la política de confidencialidad y protección de datos

¹⁸² Como ejemplos de corrupción originada desde el sector privado puedo mencionar: extorsión, colusión, blanqueo de capitales, constitución de empresas o compañías con fines contrarios a la ley.

¹⁸³ Escartín Escudé, “Principios Generales de la Contratación Pública”, 507.

¹⁸⁴ Artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁸⁵ Artículo 13, 147, 148 y 149 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁸⁶ Artículo 70 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁸⁷ Artículo 87 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁸⁸ Artículo 26 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 3 de la Resolución INCOP No. 051-2011 de 16 de septiembre de 2011, publicada en el Registro Oficial No. 612 de 6 de enero de 2012.

que considere pertinente el SERCOP, con el objeto de salvaguardar la información de su portal institucional, que deberá emplearse exclusivamente para los fines relacionados con los proveedores o entidades contratantes.¹⁸⁹

Participación nacional.- Este principio busca incorporar políticas públicas y de desarrollo de la economía que promuevan una mayor participación de proveedores nacionales privilegiándolos por sobre los extranjeros,¹⁹⁰ al respecto encontramos varias disposiciones legales y reglamentarias, como los márgenes de preferencia para oferentes de obras, bienes y servicios nacionales y locales, la preferencia en la selección de proveedores de la economía popular y solidaria, y de micro, pequeños y medianas empresas; así también existen disposiciones que evitan que las entidades contratantes puedan afectar la participación nacional, ya que la no se puede exigir el cumplimiento de especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no puedan cumplir los proveedores nacionales, salvo que medien justificaciones funcionales.¹⁹¹

2.2.2. Procedimientos precontractuales para la adquisición de bienes y prestación de servicios bajo Régimen Especial.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 2 establece procedimientos de Régimen Especial que se diferencian entre sí, y que son distintos a los establecidos en el Régimen Común y a los Procedimientos Especiales previstos en la misma ley. Vale la aclaración puesto que en algunos casos se suelen confundir procedimiento de régimen especial con procedimiento especial, y como se puede observar en la LOSNCP y su reglamento se encuentran claramente separados y diferenciados.

La ley en mención no establece una definición de Régimen Especial, no obstante el SERCOP, en su revista periódica lo define como “[...] un procedimiento precontractual, por medio del cual una entidad inicia un proceso para la contratación de bienes, obras y/o servicios específicos, que se encuentra normado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, bajo

¹⁸⁹ Artículo 11 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁹⁰ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 71.

¹⁹¹ Artículo 20 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

criterios de selectividad.”¹⁹² Se menciona también que estos procedimientos no son *concursables*, y que su contratación es directa, según la naturaleza de la contratación que se realice, pero como sabemos, existen procedimientos de régimen especial en los cuales se debe realizar convocatoria; y, otros en los que puede haber un número mínimo y máximo de oferentes invitados, por lo que parecería ser –en mi modesto entender– una afirmación imprecisa por parte del organismo rector de la contratación pública.

El SERCOP también afirma que el régimen especial no se trata de un sistema de excepción, puesto que se mantiene la obligatoriedad de cumplir con los requisitos establecidos en la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, para entidades contratantes y oferentes o proveedores.¹⁹³

Siguiendo lo establecido en la LOSNCP, y como lo ratifica el SERCOP, se deberá disponer de todos los documentos técnicos y económicos que justifiquen la aplicación del procedimiento de régimen especial seleccionado; y, previo a resolver la adjudicación deberá determinarse su conveniencia.

Los procedimientos de Régimen Especial previstos en el artículo 2 de la LOSNCP se complementan con otros establecidos en su Reglamento General de la LOSNCP y no previstos en aquella; y en consecuencia, de la revisión integral de los cuerpos normativos citados, dichos procedimientos son los siguientes:

1. Adquisición de fármacos;
2. Seguridad interna y externa;
3. Comunicación social;
4. Asesoría y patrocinio jurídico (incluye consultas puntuales y específicas);
5. Obra artística, literaria o científica;
6. Bienes y servicios únicos en el mercado o con proveedor único;
7. Repuestos y accesorios;
8. Transporte correo interno e internacional;
9. Contrataciones con empresa públicas de la comunidad internacional;

¹⁹² Andrea Rivadeneira Barba, “Régimen Especial, procedimientos contractuales efectivos y transparentes”, *ECUADORCOMPRA: Revista de la Contratación pública*, No. 4 (julio de 2013): 3.

¹⁹³ *Ibíd.*

10. Contratación interadministrativa (Estado con entidades del sector público);¹⁹⁴
11. Giro específico del negocio de empresas públicas y sus subsidiarias;
12. Contrataciones que requiera el Banco Central del Ecuador;¹⁹⁵
13. Contratación de sectores estratégicos;
14. Contratos de instituciones del sistema financiero y de seguros;
15. Contratación de seguros; y,
16. Arrendamiento de bienes muebles.

De los procedimientos precontractuales de Régimen Especial previstos en la LOSNCP y en su Reglamento General de aplicación, se debe hacer una distinción entre aquellos en los que se prevé la posibilidad de contratar de manera directa, respecto de los procedimientos en los que se puede realizar una convocatoria, y de aquellos en los que podría efectuarse un proceso de selección limitado a un cierto número mínimo y máximo de proveedores.

A continuación se expondrán los procedimientos de régimen especial atendiendo a los criterios de contratación directa y proceso de selección, y concluiré con los procedimientos en los cuales se debe realizar convocatoria.

2.2.3. Contratación Directa.

El primer procedimiento precontractual previsto en la LOSNCP y su reglamento general es la adquisición de fármacos o medicamentos,¹⁹⁶ dentro del cual encontramos a su vez varios procedimientos de contratación, en atención a diferentes criterios de selectividad, correspondiéndonos hablar de los procedimientos precontractuales de adquisición directa.

¹⁹⁴ Este numeral fue modificado por la Disposición Final Segunda, numeral 1.7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

¹⁹⁵ Este numeral fue agregado por la Disposición Reformatoria Décima Primera del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 332 de 12 de septiembre de 2014, y se refiere a la contratación de servicios que coadyuven a la inversión de la reserva, la gestión de la posición de activos y pasivos externos, del oro monetario y no monetario y a la sostenibilidad del sistema monetario, previstas en el artículo 37 del mencionado cuerpo legal.

¹⁹⁶ Según el artículo 72 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, fármaco y medicamento deben entenderse como sinónimos, en atención a la definición establecida en el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud.

Previo al inicio del análisis del procedimiento precontractual directo de fármacos, debo aclarar que se aplican por parte de entidades contratantes que son prestadores de servicios de salud,¹⁹⁷ siendo parte de éstas las que conforman la Red Pública Integral de Salud,¹⁹⁸ procedimientos que tienen como propósito la adquisición de medicamentos, pero no prevén la posibilidad de adquirir insumos médicos, material quirúrgico¹⁹⁹ y dispositivos (órtesis y prótesis).

Adquisición de fármacos por contratación directa.- Este procedimiento precontractual se encuentra previsto en el artículo 81 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,²⁰⁰ y se aplica cuando el proveedor de un determinado medicamento es exclusivo, pero se establece como condición para su aplicación la no disponibilidad en el Repertorio de Medicamentos. Este procedimiento es similar al establecido en el artículo 95 del mencionado Reglamento General para el caso de bienes que tienen un solo proveedor.

Debo aclarar que el denominado Repertorio de Medicamentos es el catálogo electrónico de fármacos o medicamentos normalizados,²⁰¹ que permite su contratación directa en virtud de la aplicación de convenios marco, previamente suscritos entre los proveedores y el SERCOP.

Este procedimiento precontractual es el único en el cual se establece su tramitación, ya que los que veremos posteriormente no aplican lo establecido en el artículo 81 del RGLOSNC; o, en el caso de la adquisición de medicamentos de consulta externa a través de farmacias calificadas por la autoridad sanitaria nacional, el procedimiento difiere sustancialmente. Como ya lo dije en líneas anteriores, lo esencial del procedimiento precontractual para adquirir fármacos por contratación directa, es comprobar que el proveedor sea exclusivo; no obstante debo mencionar que se prevé la posibilidad de aplicar este procedimiento de contratación directa, en el evento de que se hubiera declarado desierto el procedimiento de subasta inversa

¹⁹⁷ Artículo 2 de la de la Resolución INCOP No. 057-2012 de 7de marzo de 2012, publicada en el Registro Oficial No. 398 de 19de febrero de 2013.

¹⁹⁸ Según el convenio marco interinstitucional No. 0000011 de fecha 10 de abril de 2012, la Red Pública Integral de Salud está conformada por los ministerios de Salud Pública, del Interior, de Defensa, y los institutos de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) y de la Policía Nacional (ISSPOL); y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

¹⁹⁹ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 195.

²⁰⁰ En adelante también me referiré a dicho reglamento como Reglamento General de la LOSNC o RGLOSNC.

²⁰¹ Artículo 78 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y artículo 2 de la Resolución INCOP No. 057-2012 de 7de marzo de 2012, publicada en el Registro Oficial No. 398 de 19de febrero de 2013.

institucional previsto en el artículo 80 del reglamento señalado; el cual desarrollaré en líneas posteriores.

Contrataciones para la seguridad interna y externa.- Para iniciar este análisis, lo primero que debo decir al respecto es que tanto la LOSNCP como su Reglamento establecen requisitos esenciales a ser observados, siendo indispensable – en principio– el haber obtenido la calificación por parte del Presidente de la República, que justifique su necesidad de las contrataciones para la seguridad interna y externa del Estado.

El artículo 82 del RGLOSNCP que prevé estas contrataciones, se complementa además por la Disposición General Tercera del mismo cuerpo reglamentario, ya que las limita a aquellos bienes de carácter estratégico indispensables para la defensa nacional, excluyendo a los demás que sean necesarios para la gestión y operación habitual de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, para lo cual se deberán aplicar los demás procedimientos previstos en la normativa de la materia, según cada caso en particular.

Adicionalmente debo enfatizar en que las contrataciones deberán ser realizadas por las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, es decir no se podría extender a otras entidades, aún en el evento de que fueren imprescindibles para la seguridad interna y externa del Estado. También se debe destacar que no todas las contrataciones para la defensa nacional se realizarían al amparo de la LOSNCP, ya que según el numeral 9 de las disposiciones derogatorias, al derogar las normas especiales contenidas en otras leyes, se exceptuaron expresamente aquellas referidas a contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarios para la defensa nacional y que no se refieran al ámbito de la LOSNCP.²⁰²

Cabe mencionar así mismo que el artículo 87 del RGLOSNCP, establece que al tratarse de procedimientos precontractuales de bienes, obras y servicios destinados para la seguridad interna y externa, su trámite es confidencial y reservado, estableciendo como excepción al principio de publicidad, la no difusión de la información y documentación en el portal de compras públicas.²⁰³

²⁰² Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 197.

²⁰³ El artículo 87 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, concuerda con lo establecido en el literal b) del artículo 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información, que prescribe las limitaciones al derecho de acceder a determinada información pública.

Si bien no se publica la información y documentación, no se puede obviar el procedimiento a seguir, el cual inicia con la emisión de una resolución fundamentada por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, cuya motivación deberá justificar la existencia de la necesidad específica que le faculta acogerse al régimen especial y aprobará la documentación precontractual. Como siguiente paso, se solicitará la calificación por parte del Presidente de la República, a quien se remitirá junto con la solicitud, un resumen ejecutivo de la contratación a realizar, documentación que igualmente tendrá el carácter de reservada. Recibida la calificación favorable, la máxima autoridad o su delegado, dispondrá el inicio del procedimiento, según lo establecido en el pliego previamente aprobado.

Concluyo manifestando que la confidencialidad y reserva de la información y documentación de estos procesos precontractuales, se complementa con la emisión de decretos de calificación por parte del Ejecutivo con carácter de reservados, e igualmente su publicación se realiza en registros oficiales de similar naturaleza.²⁰⁴

Contratación directa de comunicación social.- El Reglamento General de la LOSNCP en su artículo 88 establece lo que debe entenderse como objetos de contratación dentro del ámbito de comunicación social, prescribiendo que lo constituyen los estudios para la determinación de estrategias comunicacionales e información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional; y, la contratación de productos comunicacionales, servicios y actividades comunicacionales y de los medios para la difusión de los mismos, destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes. A continuación en el artículo 89 del reglamento ibídem, señala que la contratación directa procede para los siguientes objetos:

1. Estudios para la formulación de estrategias comunicacionales y de información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional.²⁰⁵
2. Medios y espacios comunicacionales para la difusión de la publicidad comunicacional.

²⁰⁴ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 198.

²⁰⁵ Dentro de estos están comprendidos: estudios, sondeos de opinión, determinación de productos comunicacionales, medios, servicios, actividades para su difusión y similares.

3. Otros productos o servicios en determinados casos excepcionales considerados como urgentes por la unidad responsable de la comunicación, imagen y publicidad de la entidad contratante; y, debidamente autorizados por la máxima autoridad institucional.

El procedimiento a seguir inicia con la revisión por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, de la petición de la unidad requirente, la invitación efectuada y la oferta presentada previamente, para que de estimarlo pertinente, autorice la continuación del proceso, la respectiva certificación de la disponibilidad de fondos para atender el requerimiento; hecho lo cual emitirá una resolución fundamentada, señalando los motivos que le facultan para acogerse al régimen especial y adjudicará el contrato a la oferta presentada, o en su defecto declarará desierto el proceso. En caso de que esto último sucediere, la máxima autoridad podrá iniciar un nuevo proceso de contratación directa con otro oferente, en los mismos términos antes expuestos.

Contratación de asesoría y patrocinio jurídico (incluye consultas puntuales y específicas).- La asesoría y el patrocinio jurídico como parte del régimen especial constituyen un avance en la LOSNCP y su Reglamento General, ya que anteriormente no existía claridad respecto de los mecanismos de contratación de dichos servicios, indispensables en la gestión de las entidades contratantes, ya que no siempre disponen dentro de su equipo de abogados institucionales, con asesoría especializada o con profesionales de cumplan con determinado perfil para el ejercicio de patrocinio en ámbitos que requieren experiencia y conocimientos específicos; razón por la que este procedimiento permite la contratación ya sea de abogados externos individuales, o asociados en determinados estudios jurídicos. El procedimiento a seguir según la primera parte del artículo 92 del RGLOSNCP es:

- a. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución fundamentada, en la que se evidenciará la existencia de la circunstancia material o necesidad concreta que le faculta acogerse a este procedimiento de régimen especial, debiendo aprobar el pliego, el respectivo cronograma y disponiendo su inicio;

- b. El pliego describirá en detalle las características del perfil profesional requerido, las competencias y capacidades generales y específicas exigidas, y la formación o experiencia en las materias o áreas del derecho sobre las cuales versará la materia del contrato.
- c. Se realizará la invitación al proveedor previamente seleccionado, explicando en términos generales su objeto y señalará el día y la hora de realización de la respectiva audiencia en la que la entidad contratante le proporcionará la información pertinente, además de absolver las consultas y realizar las aclaraciones que fueren del caso. Debo señalar que en esta sesión se debe suscribir un convenio de confidencialidad, de todo lo que cual se dejará constancia en un acta.
- d. En la fecha y hora señaladas en el cronograma, se procederá a la recepción de la oferta; y, una vez revisada y analizada la misma, la máxima autoridad o su delegado, decidirá si adjudica o declarará desierto el proceso, según corresponda.

Tratándose del caso de consultas puntuales y específicas, previstas en la segunda parte del artículo 92 del RGLOCNP, se puede contratar la prestación de servicios de asesoría jurídica para la correspondiente absolución, siempre que éstas tengan como valor total un presupuesto estimado que no supere en el año por cada proveedor el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.0000005 por el Presupuesto Inicial del Estado;²⁰⁶ en cuyo caso, se deberá observar lo siguiente:

- a. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, determinará la necesidad de realizar consultas jurídicas que deban ser absueltas por el abogado o estudio jurídico seleccionado; señalando el perfil del profesional o estudio jurídico; el valor previsto por hora que se cancelaría, el número estimado de horas y la certificación presupuestaria correspondiente.
- b. Una vez realizadas las consultas, el proveedor debe remitir la factura correspondiente, haciendo constar el número de horas atendidas, el valor total facturado, y el informe sucinto del servicio brindado; el que será

²⁰⁶ Para el año 2015, el valor es de US \$18.158,56.

aprobado por la máxima autoridad o su delegado, previo a disponer su pago.

Los procedimientos antes señalados, también encuentran su fundamento en la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que prevé la posibilidad de contratar abogados en libre ejercicio profesional para que asuman la defensa administrativa o judicial de los derechos e intereses de las dependencias, entidades u organismos del sector público, así como – excepcionalmente– para prestar asesoría sobre asuntos institucionales que requieran de experiencia o conocimiento especializados.

Contrataciones de obras artísticas, literarias o científicas.- Este es uno de los procedimientos de régimen especial que atiende simplemente al individuo que tiene la calidad de proveedor, es decir a la persona que realizará o ejecutará la obra artística, literaria o científica, puesto que en este tipo de contrataciones no existe la posibilidad de someterlo a un proceso de selección entre varios proponentes, ya que cada uno tiene sus propias cualidades y es precisamente esto lo que caracteriza y fundamenta la contratación directa. A criterio de algunos autores, lo que sí podría realizarse es una etapa previa de preselección por parte de la entidad contratante, para determinar el estilo que pretende que el artista, literato o científico dé a la obra requerida, de tal forma que se defina la persona a ser invitada -y futuro contratista-.²⁰⁷

Es importante mencionar que, en este tipo de contrataciones se estableció una forma de garantía distinta de las previstas en el artículo 73 de la LOSNCP, ya que se prevé la posibilidad de que el contratado entregue una garantía personal, que básicamente consiste en dos especies de títulos valor: letra de cambio y pagaré a la orden por el valor que se va a garantizar. También se prevé la posibilidad de que se entreguen fianzas personales, es decir que un tercero asuma como garante y se comprometa junto con el contratado, que asume el rol de deudor, para responder por el pago de lo anticipado, en caso de que se incumpliére con el objeto contractual, o no se cumpliera con el mismo a entera satisfacción de la entidad contratante.

El procedimiento a seguir se resume de la misma manera de aquel citado para la *Contratación de asesoría y patrocinio jurídico*, con la excepción de que en este

²⁰⁷ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 206.

tipo de contrataciones no se requiere de la suscripción de un convenio de confidencialidad.

a)

Adquisición de repuestos y accesorios.- Según el numeral 6 del artículo 2 de la LOSNCP, procede la aplicación de régimen especial para la adquisición de repuestos o accesorios requeridos por las entidades contratantes, necesarios para el mantenimiento de equipos y maquinarias de su propiedad. Pero el artículo 94 del RGLOSNCP, amplía lo establecido por la ley, y menciona que dicho procedimiento aplica también para las contrataciones que tengan por objeto la reparación o repotenciación que podría incluir el servicio de instalación y soporte técnico posventa.

Establece además que se entenderán como equipos y maquinarias a los dispositivos, aparatos, naves, mecanismos, máquinas, componentes, unidades, conjuntos, módulos, sistemas; dejando entrever –según mi criterio- que no se trata de una clasificación limitada a las mencionadas, y que se podría aplicar a otros bienes de similares características.

Previo a la aplicación del presente régimen, será necesaria la comprobación previa de que los repuestos o accesorios no se encuentran incluidos en el catálogo electrónico del portal de compras públicas, ya que de ser así deberán adquirirse mediante el correspondiente procedimiento dinámico. El procedimiento a seguir se resume de la misma manera de aquel citado para la *Contratación de asesoría y patrocinio jurídico*, con la excepción de que en este tipo de contrataciones no se requiere de la suscripción de un convenio de confidencialidad; destacando que, en este procedimiento se debe propender a la adquisición de repuestos y accesorios con el fabricante o distribuidor autorizado, con el fin de evitar intermediarios, lo que podría implicar un aumento de los precios de los bienes a adquirir o de los servicios requeridos.

a.

Contrataciones de bienes y servicios únicos en el mercado o con proveedor único.- Este procedimiento no previsto en la LOSNCP, pero establecido en el artículo 95 de su Reglamento General de aplicación, dispone que se observará el mismo procedimiento previsto para el caso de repuestos o accesorios, cuando se trate de procesos para la contratación cuyo objeto sea el aprovisionamiento de bienes o la prestación de servicios únicos en el mercado, o también para el caso de que, aunque no siendo únicos, tengan un solo proveedor. Adicionalmente se prevé la posibilidad de aplicar este procedimiento para la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante; o, la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

Lo esencial en este tipo de contrataciones, será la justificación de las diferentes calidades, ya sea de los bienes y servicios exclusivos; o, en su defecto de sus ofertantes en el mercado. Tratándose del caso del desarrollo o mejora de tecnologías existentes, y de la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas, quizás la comprobación resulte más sencilla de realizar que en los dos primeros casos, ya que la documentación se encontrará previamente establecida y seguramente repose en la entidad contratante; o se pueda justificar técnicamente por parte de los servidores públicos de la misma.

Contratación de transporte de correo interno e internacional.- Las contrataciones de correo interno e internacional previstas en el numeral 7 del artículo 2 de la LOSNCP, únicamente se limitan a mencionar que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda. A su vez el Reglamento General de la LOSNCP, en sus artículos 96 y 97 diferencia dos procedimientos de régimen especial, el primero de ellos que se refiere a las contrataciones con la empresa pública Correos del Ecuador (CDE EP); y, en el segundo caso, a otras contrataciones realizadas con otras compañías de correos rápidos, distintos de la mencionada empresa estatal.

Es así que tratándose de contrataciones con CDE EP, el procedimiento que debe observarse sería el previsto en el artículo 99 del RGLOSNCP, que establece el trámite para la contratación entre entidades públicas o sus subsidiarias, que sustancialmente constituye una contratación interadministrativa y al cual me referiré a continuación.

En este tipo de contrataciones, se deberá observar las normas contenidas en las actas de la Unión Postal Universal y de la Unión Postal de las Américas y España, así como los demás convenios internacionales ratificados por el Ecuador. Respecto del segundo caso de contrataciones, me refiero en el acápite de los procesos de selección.

Contratación interadministrativa (Estado con entidades del sector público).- La LOSNCP incluye como parte del régimen especial lo que se conoce a nivel doctrinario como contratación interadministrativa, considerando que tanto contratante como contratista ostentan una naturaleza pública,²⁰⁸ para lo cual el artículo 98 de su Reglamento General establece los diferentes casos de la procedencia de dichas contrataciones, haciendo énfasis en las distintas esferas administrativas que intervienen, siendo éstas:

1. El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí;
2. El Estado o las entidades del sector público con:
 - 2.1. Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público;
 - 2.2. Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en el numeral 2.1. o las subsidiarias de éstas; y,
 - 2.3. Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento;
3. Entre sí, las empresas públicas, las subsidiarias de estas, o las empresas creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento.

Ahora bien, el artículo 99 del reglamento *ibídem*, determina el procedimiento a seguir para las contrataciones de las entidades contratantes antes enumeradas, debiendo observarse lo siguiente:

²⁰⁸ *Ibíd.*, 211.

- a) La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación; aprobará el pliego, el cronograma; y, dispondrá el inicio del procedimiento de régimen especial, identificando la entidad o empresa invitada;
- b) Se debe publicar en el portal de compras públicas la resolución, a la cual se adjuntará la documentación antes descrita;
- c) Una vez publicada la resolución, la entidad contratante extenderá la invitación directa a la entidad o empresa seleccionada, debiendo adjuntar la información publicada;
- d) En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, que no podrá exceder el término de tres días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta.
- e) En la fecha y hora señaladas en el cronograma, se procederá a la recepción de la oferta;
- f) La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el procedimiento, según el caso.

En los contratos resultantes de la aplicación de este procedimiento de régimen especial, deberán incorporarse las mismas cláusulas obligatorias y observarse las correspondientes solemnidades previstas por la LOSNCP, excepto en el caso de las garantías, que por disposición del artículo 73 de la ley en mención, no se deberán exigir en aquellas contrataciones establecidas en el numeral 8 del artículo 2.

De igual forma las entidades que actúen como proveedores, deberán cumplir con los requisitos exigidos por la legislación de la materia, como sucede con el Registro Único de Proveedores (RUP), que según el artículo 10 del RGLOSNCP, deberán obtenerlo para cuyo efecto serán consideradas como si se tratase de una persona jurídica de derecho privado.

También debemos considerar lo previsto en la Disposición General Quinta del RGLOSNCP, que determina que los contratos que se rijan por leyes especiales o

que respondan a formatos regulados, no observarán los formatos de los modelos de pliegos obligatorios, ni cumplirán con las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Contrataciones que requiera el Banco Central del Ecuador.- El régimen especial previsto en el numeral 10 del artículo 2 de la LOSNCP, relacionado con las contrataciones a realizar por parte del Banco Central del Ecuador fue incorporado por la Disposición Reformatoria Décima Primera del Código Orgánico Monetario y Financiero vigente desde septiembre de 2014,²⁰⁹ y se refiere a las contrataciones establecidas en el artículo 37 del mencionado cuerpo legal, que corresponden a los servicios que coadyuven a la inversión de la reserva, la gestión de la posición de activos y pasivos externos, del oro monetario y no monetario y a la sostenibilidad del sistema monetario.

Si bien el artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero, destaca que se debe observar la normativa de contratación pública, y aun cuando el régimen especial se encuentra incorporado a la LOSNCP, destaco que su Reglamento General no ha sido reformado respecto de éstas contrataciones en particular, ya que las modificaciones realizadas a dicho reglamento en enero y junio de 2015, no se relacionan con el régimen especial del artículo 2 numeral 10 de la ley ibídem. Pero debo señalar que se encuentra pendiente la expedición de un nuevo reglamento de aplicación de la referida LOSNCP, ya que según su disposición transitoria sexta, agregada en octubre de 2013, el Ejecutivo debía –y debe– expedir la normativa reglamentaria adecuándola a las disposiciones de las diferentes innovaciones que se han realizado a dicha ley.

Contratación directa de seguros.- El artículo 107 del Reglamento General de la LOSNCP determina que para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la LOSNCP pueden observar uno de los dos procedimientos establecidos en aquel artículo, y que a efectos del presente acápite corresponde a la contratación directa,²¹⁰ que a su vez se remite al procedimiento de régimen especial previsto en los artículos 98 y 99 del referido reglamento, en el caso de que las proveedoras sean empresas públicas, o cuyo capital esté integrado en el cincuenta por ciento (50%) o más con recursos públicos.

²⁰⁹ Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

²¹⁰ Numeral 1 del artículo 107 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Adicionalmente, el Servicio Nacional de Contratación Pública está facultado para regular los requisitos, términos y demás condiciones que se observarán en estos procedimientos. También debe considerarse lo previsto en la Disposición General Quinta del RGLOSNCPP.

En lo personal considero que la referencia a la contratación de seguros que a su vez remite al procedimiento de régimen especial para la contratación interadministrativa, redundante en la aplicación de lo establecido en la LOSNCPP y su Reglamento General, no establece ningún aporte para la realización de esta clase de contrataciones.

2.2.4. Proceso de Selección.

Dentro del régimen especial previsto en el Reglamento General de la LOSNCPP, además de la contratación directa tenemos procedimientos en los cuales se establece la posibilidad de realizar procesos de selección, ya sea vía convocatoria, o en su defecto por invitación a un determinado número de proveedores. Es así que tenemos la adquisición de fármacos por subasta inversa corporativa y por subasta inversa institucional; contrataciones de comunicación social por proceso de selección, transporte de correo interno e internacional con empresas de correos rápidos, seguros por licitación, y arrendamiento de bienes muebles, los cuales resumiré a continuación:

Adquisición de fármacos por subasta inversa corporativa e institucional.- Conforme a lo establecido en el artículo 77 del Reglamento General de la LOSNCPP, el primer procedimiento es la adquisición de fármacos es la subasta inversa electrónica –que es una variación de la que encontramos en el Régimen Común– y que tiene dos especies: corporativa e institucional.²¹¹

La Subasta Inversa Corporativa es un procedimiento en el cual interviene el Servicio Nacional de Contratación Pública, conjuntamente con determinadas entidades contratantes que prestan servicios de salud, previstas de forma taxativa, esto es: Ministerio de Salud Pública, Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

²¹¹ Artículos 78 y 79 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es así que el SERCOP conjuntamente con las entidades antes señaladas primeramente consolidan la demanda de los medicamentos para posteriormente proceder con la elaboración de los pliegos y la conformación de una comisión técnica interinstitucional que se encargue de la etapa precontractual; para que luego de la respectiva puja hacia la baja, los oferentes que resultaren adjudicados suscriban los respectivos convenios marco para ofrecerlos a través del Repertorio de Medicamentos del portal de compras públicas.

La Subasta Inversa Institucional es un procedimiento de régimen especial que se aplica en el caso que de los fármacos no estén disponibles en el Repertorio de Medicamentos, y siempre que existiere más de un proveedor en el mercado.

En este procedimiento ya no interviene el ente rector de las compras públicas, así como tampoco se limita a las entidades contratantes mencionadas en la subasta inversa corporativa, por lo que se podría entender que este procedimiento puede ser aplicado por otras instituciones independientemente si forman parte o no de la denominada Red Pública Integral de Salud, pero que sí prestan servicios de salud. Al igual que en el caso anterior, existe una comisión técnica que procede únicamente para este tipo de procedimiento de régimen especial.

El artículo 80 del RGLOSNCNP determina el procedimiento común para las subastas corporativa e institucional, que no varía sustancialmente del previsto para una subasta inversa electrónica del régimen común que requiera de la conformación de una comisión técnica²¹² integrada según el artículo 18 del Reglamento ibídem; más aún si se considera que se establece una remisión expresa a los artículos 44 a 48 del mismo Reglamento, que precisamente se refieren a la subasta inversa electrónica tradicional.

Las diferencias sustanciales entre una subasta inversa del régimen común y una corporativa, radica en el objeto de ésta última, ya que su fin es incorporar el

²¹² Es importante señalar que respecto de la comisiones técnicas existe un error en el inciso tercero del artículo 80 del RGLOSNCNP, ya que en el caso de la comisión de la subasta inversa corporativa, para sesionar válidamente tendrían que estar presentes al menos tres de sus cinco miembros, pero tratándose de la comisión de la subasta institucional la exigencia para las sesiones no debería ser respecto de sus tres miembros sino únicamente de dos de ellos. En ambos casos deberá estar presente obligatoriamente su presidente. Ésta observación influye directamente en las decisiones que se tomen por mayoría simple, ya que en el primer caso se configura por tres votos de cinco posibles, mientras que en el segundo caso, exigiría únicamente el voto de dos de sus miembros, otorgando voto dirimente al Presidente de la Comisión Técnica; es decir de manera similar a lo establecido en el séptimo inciso del artículo 18 del reglamento ibídem.

mayor número de fármacos al catálogo electrónico como resultado de la suscripción de convenios marco entre el SERCOP y los oferentes adjudicados.

Otra diferencia sustancial que podría señalar entre las subastas corporativa e institucional respecto de la subasta inversa común, se fundamenta en el hecho de que en aquellas subastas, deben observarse las disposiciones generales previstas en los artículos 72 a 76 del Reglamento General de la LOSNCP; y, en determinados aspectos particulares establecidos para la tramitación de las mismas, según se puede evidenciar en la segunda parte del artículo 80 de la referida normativa reglamentaria. Debo señalar que en este mismo artículo se prevé la posibilidad de realizar nuevamente una subasta inversa institucional o de aplicar la contratación directa según el artículo 81, esto en el evento de que se hubiera declarado desierto el respectivo procedimiento.

Contratación de comunicación social por proceso de selección.- Debo empezar mencionando que lo establecido en el artículo 88 del Reglamento General de la LOSNCP también es aplicable para el caso de contratación de comunicación social mediante proceso de selección, es decir que se entenderá como objetos de contratación los estudios para la determinación de estrategias comunicacionales e información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional; y, la contratación de productos comunicacionales, servicios y actividades comunicacionales y de los medios para la difusión de los mismos, destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes. Si se optare por el proceso de selección limitado a cierto número de proveedores invitados, se deberá observar el siguiente procedimiento:

- a. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, emitirá una resolución fundamentada, señalando los motivos que le facultan para acogerse al régimen especial aprobará el pliego respectivo, establecerá el cronograma, y dispondrá el inicio del procedimiento.
- b. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante procederá a invitar directamente a un mínimo de tres y máximo cinco proveedores, adjuntando la documentación pertinente.

- c. Las ofertas se presentarán en el lugar que se determine en el pliego y hasta el día y hora previstos en el mismo, el cual no podrá exceder de tres días contados a partir de la publicación de la resolución.
- d. Recibida la oferta, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, aplicando los criterios de evaluación previstos en el pliego, seleccionará a la oferta que más convenga a los intereses institucionales, pudiendo al efecto apoyarse en una comisión técnica, entendiéndose que se realizará conforme al artículo 18 del RGLOSNC²¹³.
- e. La adjudicación se efectuará al oferente que cumpla con todos los requisitos previstos en el pliego, de conformidad con los parámetros de evaluación y tomando en cuenta el mejor costo, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección, de conformidad con el numeral 18 del artículo 6 de la LOSNC.
- f. La adjudicación podrá efectuarse total o parcialmente, de así convenir a los intereses institucionales.
- g. La máxima autoridad o su delegado, adjudicará la oferta, inclusive en el caso de que recibiere una sola, si ésta es conveniente a los intereses institucionales; o, declarará desierto el procedimiento de considerarlo pertinente.
- h. En caso de que se declare desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá iniciar un nuevo proceso de contratación directa con otro oferente, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 89 del RGLOSNC.

Contratación de transporte de correo interno e internacional con empresas de correos rápidos. - El artículo 97 del Reglamento General de la LOSNC, establece que las contrataciones de transporte de correo interno e internacional, requeridas por las entidades contratantes, con empresas de correos rápidos o courier, distintos a la empresa pública Correos del Ecuador, deberán realizarse observando el siguiente procedimiento:

²¹³ El segundo inciso del artículo 68 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que, en el caso de que en los procedimientos de régimen especial no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables realizar para la contratación, se observará de forma supletoria las disposiciones establecidas en el régimen general de la LOSNC y del mencionado reglamento.

- a. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución en la que se justifique la existencia de la circunstancia o necesidad que le faculta acogerse al régimen especial, aprobará el pliego, el cronograma respectivo, y dispondrá el inicio del procedimiento;
- b. Se publicará en el portal de compras públicas la resolución, adjuntando la documentación referida en el numeral anterior, identificando a los proveedores invitados que serán al menos dos y máximo cinco;
- c. En el día y hora señalados para el efecto, que no podrá exceder el término de tres días contados desde la publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta;
- d. En la fecha y hora señaladas en el cronograma, se procederá a la recepción de las ofertas de los proveedores invitados; y,
- e. La máxima autoridad o su delegado, mediante acto administrativo motivado resolverá la adjudicación, aun cuando se recibiera una sola, pero siempre que fuere conveniente a los intereses institucionales, caso contrario declarará desierto el proceso.

Contratación de seguros por licitación.- El artículo 107 del Reglamento General de la LOSNCP determina que para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la ley, si no optaren por el procedimiento de contratación interadministrativa, podrán contratar seguros con empresas aseguradoras privadas, según lo previsto en el numeral 2 del referido artículo, esto es aplicando el procedimiento de licitación previsto en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa secundaria.

Ratifico una vez más que, de acuerdo a la normativa vigente, el SERCOP está facultado para regular los requisitos, términos y demás condiciones que se observarán en este procedimiento; y, que se deberá considerar lo previsto en la Disposición General Quinta del RGLOSNCP, que determina que los contratos que se rijan por leyes especiales o que respondan a formatos regulados, no observarán los formatos de los modelos de pliegos obligatorios, ni cumplirán con las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Arrendamiento de bienes muebles.- El artículo 108 del Reglamento General de la LOSNCP establece que para el arrendamiento de bienes muebles que requiera la entidad contratante se observarán las normas contenidas en el Código Civil, la Ley sobre arrendamiento mercantil y demás pertinentes, observando el procedimiento que para el efecto determine la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado mediante resolución motivada.

Cabe mencionar que el mismo artículo establece como excepción que lo antes mencionado se aplicará siempre que no exista normativa emitida para el efecto por el Servicio Nacional de Contratación Pública, que emitió la Resolución INCOP No. 041-2010 de 23 de marzo de 2010,²¹⁴ que establece que el arrendamiento de bienes muebles será considerado como un servicio normalizado, razón por la que las entidades contratantes están obligadas a aplicar el procedimiento de subasta inversa electrónica, previsto en la LOSNCP y su Reglamento General para su contratación; y, demás normativa que para el efecto dicte el ente rector de las compras públicas.

La mencionada resolución establece que la normalización del servicio de arrendamiento de bienes muebles corresponde a las entidades requirentes, debiendo considerar la naturaleza de los bienes a arrendar y las condiciones de la prestación del servicio, lo que deberá considerarse al momento de elaborar las correspondientes especificaciones y características técnicas.

La normativa del SERCOP también prevé la posibilidad de casos especiales, ya que si existiere la necesidad de arrendamiento de bienes muebles respecto del cual, por determinadas circunstancias técnicas justificadas, no fuere procedente aplicar el procedimiento de subasta inversa electrónica, las entidades contratantes motivarán las razones por las cuales aplicarán un procedimiento para la contratación de servicios no normalizados.

2.2.5. Procesos de régimen especial no regulados por la LOSNCP y su normativa secundaria, o sometidos de manera supletoria y parcial.

Conforme desarrollaba la presente investigación, concluí que existen procedimientos de contratación que si bien se encuentran previstos como parte del Régimen Especial previsto en la LOSNCP, el Reglamento General de aplicación de

²¹⁴ Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 169 de 12 de abril de 2010.

dicha ley prescribe que algunos de ellos no se someterán a las disposiciones de las señaladas ley y cuerpo reglamentario, como sucede en el caso de ciertas contrataciones del giro específico del negocio de empresas públicas y sus subsidiarias.

En otros casos las contrataciones se rigen a la normativa de contratación pública de manera supletoria, como sucede con la adquisición de medicamentos especiales, las contrataciones con empresas públicas de la comunidad internacional, y otro grupo de contrataciones del giro específico del negocio de empresas públicas y sus subsidiarias.

En concordancia con lo dicho, existiría según mi opinión un tercer conjunto de contrataciones a las que se aplica parcialmente la LOSNCP y demás normativa secundaria, dentro de las cuales se encuentran algunas contrataciones del giro específico del negocio de empresas públicas y sus subsidiarias.

En la misma línea de análisis, existen determinados procedimientos que se rigen por los documentos que para el efecto se hayan suscrito, ya sean estos: contratos, tratados, convenios, protocolos, acuerdos, cartas de intención, otras formas asociativas e instrumentos internacionales; debiendo observar además, si fuere el caso, la normativa aplicable a dichos documentos. Aquí encontramos la adquisición de fármacos a través de organismos internacionales, y determinadas contrataciones del giro específico del negocio de empresas públicas y sus subsidiarias.

Concluyo con un último acervo de contrataciones que por mandato de la normativa de contratación pública, se rigen por normativa secundaria expedida por administraciones públicas distintas al SERCOP o por otras leyes expresamente indicadas, como sucede con la adquisición de medicamentos de consulta externa a través de farmacias calificadas por la autoridad sanitaria nacional, contrataciones de sectores estratégicos; y, las contrataciones de instituciones del sistema financiero y de seguros.

Finalmente debodecir que todas las contrataciones establecidas en el Régimen Especial, tienen en común su fundamento en la propia LOSNCP, su Reglamento General y resoluciones emitidas por el SERCOP, ya sea para aplicar o no dicha normativa de contratación pública según lo dicho en líneas atrás. Correspondiéndonos ahora referirnos a cada uno de estos procedimientos.

Adquisición de fármacos a través de organismos internacionales.- La referencia a éste procedimiento se encuentra en el artículo 82 del RGLOSNCNCP y establece que la adquisición se realizará conforme a lo estipulado en el respectivo convenio internacional, o en su defecto siguiendo el procedimiento señalado por el organismo internacional proveedor, estableciendo además como excepción la aplicación del procedimiento previsto en la sección del Reglamento ibídem, para el caso de que no existiere un procedimiento establecido en los términos antes expuestos. Entendemos que el procedimiento sería el previsto en el artículo 81, ya que el previsto en el artículo innumerado que se encuentra a continuación del artículo 85 es de reciente incorporación,²¹⁵ y resultaría inaplicable para el aprovisionamiento de medicamentos a través de organismos internacionales.

Se establece como condiciones para la adquisición, la calidad, seguridad y eficacia de los fármacos, que deberán ser establecidas previamente por la autoridad sanitaria nacional²¹⁶ en fichas técnicas.

Adquisición de medicamentos especiales.- Según el artículo 84 del RGLOSNCNCP, cuando se trate de medicamentos o fármacos especiales necesarios para determinados tratamientos especializados, que no consten en el Repertorio de Medicamentos y que no se encuentren disponibles en el mercado nacional, entendiéndose como tal, que no existan oferentes o proveedores de los mismos; la entidad contratante deberá solicitar la autorización de importación a la autoridad sanitaria nacional, que deberá concederla en función de la evaluación de los justificativos clínico-terapéuticos; y, de manera similar al procedimiento precontractual anterior, se establecen requisitos de calidad, seguridad y eficacia para la adquisición, los que deberán ser establecidos por el Ministerio de Salud Pública.

Adquisición de medicamentos de consulta externa a través de farmacias calificadas por la autoridad sanitaria nacional.- Este procedimiento precontractual es de reciente incorporación en el Reglamento General de la LOSNCNCP,²¹⁷ y consiste en la adquisición de medicamentos para consulta externa de los establecimientos de salud de la Red Pública Integral de Salud.

²¹⁵ Reforma al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública realizada mediante Decreto Ejecutivo No. 687 de 25 de mayo de 2015, publicado en el Registro Oficial No. 521 de 12 de junio de 2015.

²¹⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Salud la autoridad sanitaria nacional es el Ministerio de Salud Pública.

²¹⁷ Véase nota 86. (son 2 notas antes de esta).

Revisado el procedimiento *per se*, para la adquisición de medicamentos de consulta externa a través de farmacias, confirmo que no se trataría de una adquisición de fármacos para el aprovisionamiento necesario previo a la prestación de los servicios en las unidades de salud, sino que básicamente consiste en un reembolso económico a las farmacias, una vez que éstas dispensen los medicamentos prescritos a los pacientes por parte de los médicos que laboren en consulta externa²¹⁸ en los establecimientos priorizados por la autoridad sanitaria nacional.

Los precios de los medicamentos serán fijados en un tarifario que deberá expedir el Ministerio de Salud Pública; y, como se evidencia de la lectura del artículo innumerado que contiene éste procedimiento precontractual, se hace referencia al pago de un valor por concepto del servicio de dispensación, que deberán cancelar total o parcialmente los usuarios, y en el último caso –pago parcial del paciente–, los establecimientos de la Red Pública Integral de Salud contribuirían con el valor restante, excepto en los casos en los que se establecieran exenciones para determinados segmentos de beneficiarios.

Las farmacias que asuman la calidad de proveedoras, previamente deberán calificarse cumpliendo los requisitos que para el efecto determine el Ministerio de Salud Pública; y, las condiciones relacionadas con la provisión de los medicamentos, se definirán en convenios de adhesión, que constituirán los habilitantes para la dispensación a los pacientes.

Debo destacar que por tratarse de un procedimiento precontractual recientemente incorporado al Reglamento General de la LOSNCP, aún no se ha emitido la normativa para la implementación del mismo, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Única del Decreto No. 687 de 25 de mayo de 2015; razón por la que para profundizar en su estudio, habrá que hacerlo una vez que la autoridad sanitaria nacional emita los respectivos instrumentos –acuerdos ministeriales asumo–, en los que se seguramente se desarrollará su aplicación.

Contrataciones con empresas públicas de la comunidad internacional.- El artículo 100 del Reglamento General de la LOSNCP, establece que las

²¹⁸ Existe el Acuerdo Ministerial No. 3094 de 15 de marzo de 2013, publicado en el Registro Oficial No. 927 de 5 de abril de 2013, con el cual se expidió el reglamento general para el procedimiento de agendamiento de citas para la atención de consulta externa en los establecimientos de salud del primer nivel de atención del Ministerio de Salud Pública, el que en su artículo 8 no define lo que debe entenderse por “consulta externa”, que no es más que un servicio ambulatorio para pacientes a quienes se les ha asignado una cita médica previa, para ser atendidos según el tipo de diagnóstico.

contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, con empresas públicas de los estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los documentos que para el efecto se suscriban, pudiendo ser: tratados, convenios, protocolos, acuerdos, cartas de intención, otras formas asociativas y demás instrumentos internacionales. Estableciendo como excepción que se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 99 del mencionado Reglamento General, en aquellos casos en los que no se hubiese previsto un régimen de contratación específico en los instrumentos suscritos.

Es importante mencionar que se consideran empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, a las personas jurídicas, empresas o sus subsidiarias, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la Comunidad Internacional, en una proporción superior al cincuenta por ciento (50%).

Contrataciones del giro específico del negocio de empresas públicas y sus subsidiarias.- La LOSNCP y su Reglamento General, prescriben en el inciso tercero del numeral 8 del artículo 2 y artículo 103 respectivamente, que el régimen especial aplicará únicamente para el giro específico del negocio de las empresas públicas o consideradas estatales,²¹⁹ así como las realizadas por sus subsidiarias;²²⁰ siempre que las contrataciones sean determinadas y autorizadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública;²²¹ lo que concuerda con lo previsto en el artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP.

En concordancia con lo antes dicho, además del giro específico del negocio determinado por el SERCOP, se podrá observar el régimen previsto en leyes específicas, en prácticas comerciales; o, en modelos de negocios de aplicación internacional, casos en los cuales los contratos de orden societario de las empresas

²¹⁹ Para efectos de la presente investigación, denominaré como empresas estatales a aquellas empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público o sean subsidiarias de las empresas públicas.

²²⁰ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el numeral 11 del artículo 6, define a las empresas subsidiarias como aquellas personas jurídicas creadas por las empresas estatales o públicas, y por las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta por ciento (50%).

²²¹ Para solicitar la calificación del respectivo giro específico del negocio, se deberán observar las normas complementarias previstas en la Resolución INCOP No. 051-2011 de 16 de septiembre de 2011.

antes referidas y sus subsidiarias, no estarán sujetas a las normas contenidas en la LOSNCP y su Reglamento General.²²²

Debo mencionar además que el artículo 105 del RGLOSNCP, determina que las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, a cargo de las empresas públicas y estatales, ajenas al giro específico de su negocio, deberán observar los procedimientos generales o especiales contemplados en la LOSNCP y en su Reglamento General. Esto se complementa con lo establecido en el inciso segundo del artículo 4 de la Resolución INCOP No. 051-2011 de 16 de septiembre de 2011, emitida por el entonces Instituto Nacional de Contratación Pública, actual SERCOP.

En relación con lo manifestado en los párrafos precedentes, destaco que el artículo 34 numeral 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé que en los casos en que las empresas públicas que hubieren suscrito contratos o convenios de alianza estratégica, asociación, consorcio u otros de naturaleza similar, observarán los procedimientos de contratación que se establezcan en dichos documentos, así como en la normativa aplicable a los mismos. Para el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional, las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento celebrado para tal efecto; y, en lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se observarán las disposiciones contenidas en la LOSNCP, su Reglamento General y demás normativa secundaria.

Finalmente, es importante tener presente que según el artículo 4 de la Resolución INCOP No. 051-2011, el SERCOP se encuentra habilitado para revisar – en cualquier momento– las contrataciones aprobadas dentro del giro específico del negocio; y, según el último inciso del artículo 104 del RGLOSNCP, se determina que las disposiciones relacionadas con el giro específico del negocio, no podrán ser utilizadas como mecanismo de elusión de los demás procedimientos de contratación previstos en la LOSNCP, facultando al SERCOP para que notifique a la Contraloría General del Estado, si se tuviere la presunción de que alguna de empresa estatal hubiese incurrido en tal práctica.

²²² Conforme a lo establecido en la Disposición General Segunda de la Resolución INCOP No. 051-2011, se entiende por *contratos de orden societario* a aquellos relacionados con la constitución de las sociedades, aumentos de capital, reformas de estatutos, fusiones, escisiones, acuerdos empresariales, cuentas en participación y demás situaciones previstas por las leyes societarias.

Contrataciones de empresas públicas de los sectores estratégicos.- Este procedimiento forma parte del previsto en el numeral 9 de la LOSNCP, y rige para las contrataciones de bienes, obras y servicios que sean requeridos por las empresas públicas creadas para emprender en actividades que se encuentran comprendidas dentro de los sectores estratégicos,²²³ que según nuestra Constitución son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social, estableciendo como tales: la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua; sin perjuicio de que vía ley se puedan establecer otros sectores más.²²⁴

El procedimiento a seguir según el artículo 106 del RGLOSNCP, inicia con la emisión del respectivo acto administrativo debidamente fundamentado, en el cual la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, evidencie la existencia de la necesidad específica que le faculta acogerse a éste régimen especial; y, solicitará la respectiva calificación al Presidente de la República. Por su parte, al titular de la Función Ejecutiva, le corresponderá dar respuesta al petitorio presentado, acogiendo o no el pedido realizado. En caso de ser positiva la respuesta, deberá dictar la reglamentación específica que regirá el respectivo proceso.

Contrataciones de instituciones del sistema financiero y de seguros.- El artículo 101 del Reglamento General de la LOSNCP, precisa que las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios que celebren las instituciones financieras y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios, observarán la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley General de Seguros y demás disposiciones legales pertinentes y autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin que les sean aplicables las normas contenidas en la LOSNCP y en su Reglamento General. Pero como sabemos, la primera de las leyes antes señaladas, fue expresamente derogada por el Código Orgánico Monetario Financiero;²²⁵ y, la segunda fue incorporada como Libro

²²³ Artículo 315 de la Constitución.

²²⁴ Artículo 313 de la Constitución.

²²⁵ En adelante me referiré al mencionado cuerpo legal como documento como Código Orgánico Monetario y Financiero o simplemente COMF.

III del referido código.²²⁶ Adicionalmente las atribuciones en cuanto a seguros que anteriormente ejercía la Superintendencia de Bancos, pasaron a la reestructurada Superintendencia de Compañías;²²⁷ razón por la que actualmente el régimen legal a observar será el establecido en el COMF,²²⁸ y las disposiciones de la actual Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Por su parte el artículo 102 del Reglamento de la LOSNCP, dispone que las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, distintas a aquellas relacionadas con el giro específico de sus negocios que celebren las instituciones financieras y de seguros en las que el Estado o cuyas instituciones son accionistas únicos o mayoritarios, deberán observar los procedimientos generales o especiales contemplados en su normativa propia y específica.

Para concluir con el presente capítulo, debo señalar que la LOSNCP se presentó como una necesidad inmediata a un proceso político coyuntural que se vivía entre noviembre de 2007 hasta octubre de 2008, período en el cual estuvo instalada y en funciones la Asamblea Constituyente, que según el artículo 7 del Mandato Constituyente No. 1 de 29 de noviembre de 2007,²²⁹ declaró en receso a los diputados y diputadas principales y suplentes del hasta entonces Congreso Nacional (actual Asamblea Nacional), asumiendo todas las atribuciones y deberes de la Función Legislativa; y, como consecuencia de ello tramitó la LOSNCP, que fue debatida y aprobada previo a la expedición de la Constitución de Montecristi del mes de octubre de 2008, y que si bien trató de armonizarse con lo que en aquella época se preveía que incorporaría en su texto la Norma Suprema, no se incluyó en la nueva normativa de contratación pública normas explícitamente claras y desarrolladas respecto al derecho de la competencia; lo que por el contrario si aconteció con la LORCPM, que evidentemente en el desarrollo de su contenido, hace referencia al SNCP y su institucionalidad, lo que tiene sentido si se considera que fue promulgada con posterioridad a la LOSNCP y a la propia Constitución.

Quizás al momento de expedir la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) debió haberse incluido reformas a su par del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), con el fin de armonizar ambos cuerpos

²²⁶ Según la Disposición General Décima Octava del Código Orgánico Monetario y Financiero.

²²⁷ Numeral 2 de la Disposición Reformatoria Primera, y artículo 78 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

²²⁸ Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

²²⁹ Registro Oficial Suplemento No. 223 de 30 de noviembre de 2007.

legales, así como también incluir las reformas necesarias, principalmente al Régimen Especial, que como sabemos, precisamente por su naturaleza *restringida*, requiere de un tratamiento más metódico, con el fin de evitar el mal uso o abuso de sus procedimientos, en detrimento de la libre competencia.

Otro momento, en que pudo haberse hecho lo propio fue en el 2013, cuando se expidió la Ley Orgánica Reformativa de la LOSNCP, que considero quedó debiendo en muchos aspectos, ya que la modificación no abarcó todos los elementos sustanciales que debieron haberse tratando en dicha ley; y, más aún que ya se van a cumplir dos años, es decir setecientos treinta (730) días sin que se haya promulgado el nuevo Reglamento General de la LOSNCP, cuando la referida ley reformativa estableció un plazo máximo de noventa (90) días, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, para que sea dictado el respectivo decreto por parte del Ejecutivo.

Aspiro y espero que la demora valga la pena, ya que a propósito del próximo RGLOSNCPP –que debería estar por publicarse–, es la oportunidad perfecta para incorporar los cambios necesarios, acordes a las reformas de la LOSNCP, así como de la relativamente reciente LORCPM; cuerpo reglamentario que evidentemente deberá atender y desarrollar los *criterios de selectividad* que menciona el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, que sin duda deberán –o al menos deberían– delimitar y guiar la facultad discrecional reglamentada que observarán las administraciones públicas contratantes.

Sobre esto último me referiré en el capítulo siguiente, en el cual se profundizará sobre el análisis de la libre competencia en el Régimen Especial, y en otras figuras previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

Capítulo tercero

La competencia en el sistema nacional de contratación pública y en las compras públicas

3.1. ¿Las entidades públicas ostentan poder de mercado?

Para el desarrollo de este tema haré referencia al capítulo primero de este trabajo, procurando establecer una esquematización de los comentarios vertidos en líneas anteriores, así como concluir con la vinculación al tema del presente acápite.

Iniciaré manifestando que, la LORCPM, define lo que se entiende por *poder de mercado*, siendo necesario recordar que a nivel doctrinario y de Derecho Comparado, al poder de mercado se lo conoce también como poder de dominio o de monopolio, además de posición dominante o de dominio.²³⁰ Nuestra legislación reconoce expresamente que el poder de mercado *per se* no atenta contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, sino que es precisamente su abuso, lo que debe ser regulado y controlado, ya que su obtención y reforzamiento no están prohibidos, excepto en el caso de los operadores económicos que pretendan o consigan restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, casos en los que sería susceptible de aplicación de las sanciones establecidas la ley de la materia y conforme a los procedimientos de su normativa secundaria.²³¹

La doctora Inés María Baldeón define al poder de mercado como la capacidad individual o colectiva de los agentes económicos para intervenir significativamente en el mercado. Para Javier Cortázar Mora, refiriéndose a la legislación colombiana y a su propio criterio dice que el poder de dominio consiste en una *situación de hecho y fenómeno técnico* que permite establecer directa o indirectamente las condiciones en un determinado mercado bajo determinadas variables económicas.²³²

²³⁰ Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 91.

²³¹ Artículo 7 segundo inciso de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

²³² Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 92.

Legislaciones de las más recientes como la paraguaya –expedida y publicada en el 2013–, prescribe que la posición dominante se produce cuando una persona física o jurídica no está expuesta a una competencia efectiva y sustancial para un determinado producto o servicio.²³³

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos²³⁴ define al poder de monopolio como la capacidad de moderar los precios o en su defecto eliminar la competencia.²³⁵ En términos más amplios se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea,²³⁶ que afirma que la posición de dominio constituye una fortaleza de tipo económico que obstruye la existencia de la competencia en un determinado mercado relevante, y que además permite al operador económico, actuar autónomamente respecto de sus competidores, clientes, y de los usuarios y consumidores.²³⁷

3.1.1.El Estado como Operador Económico con poder de mercado desde la Perspectiva de Proveedor.

Ya en materia objeto de la investigación, la LORCPM, dentro de su ámbito al referirse a los operadores económicos, prescribe que deberán observar sus disposiciones las personas jurídicas estatales –nacionales y extranjeras–, independientemente si tuvieran o no fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional. Esta disposición precisamente se refiere a la posibilidad de que un agente económico del sector público, *naturalmente* puede llegar a consolidar poder de mercado, como cualquier otro operador privado que ejerce actividades en el mercado.²³⁸

En concordancia con lo dicho, la ley de la materia al referirse a la acción estatal y a las ayudas públicas, dispone que los organismos, instituciones públicas, empresas públicas, empresas de economía mixta y gobiernos autónomos descentralizados, en lo que respecta a prestaciones de bienes y servicios públicos que realice en mercados relevantes de libre competencia, están sometidos a los

²³³ Ley de la libre competencia y de las conductas prohibidas, signada con el número 4956 de 21 de junio de 2013.

²³⁴ Caso: Estados Unidos contra Dupont de Nemours & Co.

²³⁵ Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 92.

²³⁶ Caso Michelin contra Comisión.

²³⁷ Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 92.

²³⁸ Artículo 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

principios, derechos y obligaciones consagrados en la LORCPM; es decir, por mandato general de la ley, cuando me refiero a las entidades del sector público que prestan servicios públicos o proveen de bienes, como consecuencia de sus atribuciones o facultades, o de las actividades económicas empresariales en las que hubieren emprendido, deberá someterse en igualdad de condiciones a la legislación que rige la libre competencia, ya que desde la perspectiva de la LORCPM, constituye un operador o agente más del mercado relevante, y por lo tanto debe observar sus disposiciones.

A pesar de lo anterior en la misma LORCPM, e inclusive en nuestra Carta Fundamental, se establecen excepciones a lo dicho en el párrafo precedente, lo que a mi criterio implica otorgar *poder de mercado* por disposición de la Constitución y la ley, ante lo cual amerita decir que, si bien dicha posibilidad está prevista, imperativamente deberá obedecer a situaciones objetivamente justificadas y razonamientos apropiadamente motivadas, con el fin de evitar la huida del Derecho de la Competencia del sector público, fundada en la naturaleza pública de los operadores o agentes económicos, como en su momento sucedió con la deserción del Derecho Administrativo por parte de corporaciones, fundaciones y sociedades civiles, compañías mercantiles y otras empresas y sus subsidiarias de derecho privado, creadas por el sector público a través de sus organismos, entidades y dependencias; cuyos ingresos y capitales estaban integrados en el cincuenta por ciento (50%) o más por recursos considerados públicos,²³⁹ argumentando precisamente el sometimiento a normas de Derecho Privado como la Ley de Compañías o el Código Civil –actualmente codificados–.

Tratándose de los casos de aplicación de restricciones y ayudas públicas previstos en los artículos 28, 29 y 32 de la LORCPM respectivamente, la conclusión

²³⁹ El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece todos los recursos considerados públicos, a saber: los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Adicionalmente dispone que los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley.

entonces sería que los operadores económicos estatales²⁴⁰ efectivamente pueden llegar a obtener y consolidar posición de dominio –además del poder de mercado natural–, siendo mi modesto criterio en los siguientes casos:

- Tratándose de la aplicación de restricciones, en los siguientes casos:
 1. Para el desarrollo de un monopolio estatal en favor del interés público;
 2. Para el desarrollo de sectores estratégicos;²⁴¹
 3. Para la prestación de servicios públicos; y,²⁴²
 4. Para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional.

No está por demás mencionar que las restricciones a la competencia necesariamente deberán justificarse y motivarse en la generación de beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, en el ámbito en la que se establezcan, cuando se pretenda incrementar la eficiencia y generar beneficios a favor de los consumidores o usuarios.

- Tratándose de ayudas públicas, en los siguientes casos:
 1. Las concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones del país, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen;
 2. Las destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;
 3. Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto estratégico de interés nacional o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía nacional;

²⁴⁰ Me refiero principalmente a empresas públicas, o empresas cuyo capital esté integrado en el cincuenta por ciento (50%) o más con recursos considerados públicos. Sin perjuicio de que otros agentes económicos públicos según el artículo 33 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

²⁴¹ Conforme a lo establecido en los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución y artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

²⁴² Conforme a lo establecido en los artículos 314, 315 y 316 de la Constitución y artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

4. Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria a lo previsto en esta Ley o al interés común;
5. Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley.

Debo aclarar que las ayudas públicas en los casos antes expuestos, contribuyen a generar y consolidar poder de mercado de manera directa siempre que los beneficiarios sean operadores económicos del sector público; o, en su defecto, cuando la utilización de recursos públicos se utilicen en determinadas situaciones en la que los agentes económicos estatales sean favorecidos y como consecuencia de ello adquieran y refuercen su posición de dominio de manera indirecta.

Para concluir con el presente acápite, debo reiterar que, además de las normas previstas en la Ley Orgánica y de Regulación del Poder de Mercado, que permiten o permitirían obtener y fortalecer su poder de mercado, otras ramas del Derecho Público, coadyuvan a generar *posición dominante*, como en los ámbitos societario, laboral y tributario interno de comercio exterior, por mencionar algunos.

No obstante lo anterior, considero que sí existen límites a la igualdad formal²⁴³ que en principio establece el derecho de la competencia, y esas salvedades las encontramos en la propia ley de la materia, ya que los artículos 28, 29 y 32, instauran la posibilidad de acudir a restricciones, ayudas públicas y autorizaciones excepcionales, que si bien sólo se aplicarían bajo determinadas circunstancias, se sobreponen para limitar la competencia y competencia de los agentes económicos, cuya aplicación siempre deberá responder a una finalidad de interés social, público o general, y necesariamente deberán provenir de los poderes públicos, según lo dispuesto por la Constitución y la ley, como acabamos de anotar.

Otro aspecto fundamental radica en la distinción entre la actuación del Estado como ente regulador de su intervención como actor empresarial. Al primer tema me referiré posteriormente; y, en cuanto al segundo tema, existen diferencias entre los ámbitos de los sectores estratégicos y prestación de determinados servicios públicos;

²⁴³También se conoce como: igualdad de *iure*, igualdad jurídica e igualdad ante la ley.

y, aquellos que no son sectores estratégicos y otros servicios públicos, en los que el sector público concurre para competir con el sector privado.²⁴⁴

Tratándose de los sectores estratégicos y de ciertos servicios públicos,²⁴⁵ prácticamente se descarta la libertad de empresa y libre competencia; mientras que en el caso de la producción de bienes se establece como un deber a cumplir por parte del Estado;²⁴⁶ y, en la prestación de servicios públicos también tiene la obligación de incursionar, si el caso lo amerita, como se lo hizo en su momento al incursionar en la prestación de telefonía móvil; o, de manera facultativa para otras actividades económicas, pudiendo entonces entrar a competir con las empresas privadas.²⁴⁷ No obstante debemos mencionar que las condiciones de competencia en el mercado para captar consumidores o usuarios, no son de igualdad; y, encontraremos marcadas diferencias en cuanto a la igualdad formal y la igualdad material.²⁴⁸ A efectos de ilustrar mejor lo dicho, nos referiremos únicamente a las personas jurídicas, respecto de las cuales encontramos empresas privadas y públicas, dentro de las que existen diferencias en cuanto al régimen legal aplicable –derecho privado y derecho público–, aclarando que en derecho público mandatoria o supletoriamente, también se aplican las normas de derecho privado, como lo veremos en los ámbitos societario, laboral y tributario interno de comercio exterior.

En materia societaria, la formación y funcionamiento de las empresas privadas y su régimen aplicable lo delimita la Ley de Compañías codificada,²⁴⁹ mientras que en el caso de las públicas se rigen por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sin perjuicio de que se aplique aquella ley supletoriamente.²⁵⁰ Ahora bien, para entender las marcadas diferencias, tratándose de empresas privadas la ley de la materia prohíbe expresamente la constitución de compañías que tengan por finalidad constituir monopolios;²⁵¹ mientras que en el caso de las empresas públicas, estas se encuentran constitucional y legalmente facultadas para hacerlo, particularmente en el

²⁴⁴ Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, 213.

²⁴⁵ Como el agua potable y la energía eléctrica.

²⁴⁶ Artículo 244 numeral 4 de la Constitución.

²⁴⁷ Podríamos mencionar el caso de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP que ofrece los servicios de internet y televisión por cable; y, PETROECUADOR EP que comercializa combustibles y lubricantes.

²⁴⁸ También conocida como: igualdad real, igualdad sustancial, igualdad de hecho e igualdad en la ley.

²⁴⁹ Además de los códigos de Comercio y Civil.

²⁵⁰ Artículo 54 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

²⁵¹ Artículo 3 de la codificación de la Ley de Compañías.

caso de los sectores estratégicos y ciertos servicios públicos, como ya lo hemos dicho.²⁵²

Por otra parte, en el ámbito laboral las empresas privadas se someten al régimen del Código del Trabajo, a diferencia de las instituciones y empresas públicas que prestan servicios públicos en el mercado, ya que además de observar el referido código, también se rigen por la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Los contrastes también son evidentes, por cuanto para las compañías privadas la normativa laboral prescribe como obligación la participación de los trabajadores de las utilidades generadas;²⁵³ mientras que en las empresas públicas y mixtas por el contrario, se proscribe el reparto de las utilidades y excedentes entre quienes laboran para las mismas.²⁵⁴ Verbigracia dentro del mismo ámbito, mencionamos el caso de los contratos colectivos, puesto que para el empresariado privado, el código laboral determina que bajo dichos instrumentos se amparan todos los trabajadores sin discriminación alguna;²⁵⁵ pero para el caso de las empresas públicas, se establece expresamente que la contratación colectiva beneficiará únicamente a los obreros, quedando excluidos los demás servidores públicos.²⁵⁶

En este mismo orden de ideas, dentro del ámbito tributario interno se evidencian contrastes en cuanto a derechos y obligaciones, ya que a pesar de someterse a leyes comunes, como en el caso del Código Tributario y la Ley de Régimen Tributario Interno, existen claras diferencias en atención a la especie de las personas jurídicas, ya sean estas privadas o públicas; en lo que respecta a las primeras les corresponde asumir sus obligaciones de manera general y las exenciones tienen un carácter excepcional; mientras que para el caso de las segundas –dentro de las cuales también están las demás instituciones públicas–, generalmente son beneficiarias de todas las exenciones, atendiendo precisamente a su naturaleza,²⁵⁷ para lo cual citamos como ejemplos, la exención del pago del impuesto al valor

²⁵² Artículo 313 y 316 de la Constitución de la República, artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y, artículo 28 numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

²⁵³ Artículo 97 del Código del Trabajo.

²⁵⁴ Artículo 25 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

²⁵⁵ Artículo 220 del Código del Trabajo.

²⁵⁶ Artículo 26 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

²⁵⁷ Artículo 35 numerales 1 y 2 del Código Tributario.

agregado de las donaciones;²⁵⁸ exoneración del pago del impuesto a la renta de los ingresos obtenidos en el correspondiente ejercicio fiscal;²⁵⁹ la dispensa del pago del impuesto ambiental a la contaminación vehicular;²⁶⁰ o la exención del impuesto a consumos especiales de ciertos bienes.²⁶¹

Complementariamente a lo dicho respecto de los tributos al comercio exterior, la ley²⁶² también determina que están exentas del pago de todos los tributos al comercio exterior²⁶³ las importaciones a consumo que importe las instituciones, empresas y organismos del sector público;²⁶⁴ las donaciones provenientes del exterior a favor de las instituciones del sector público, destinadas a cubrir servicios de salubridad, alimentación, asistencia técnica, beneficencia, asistencia médica, educación, investigación científica y cultural.²⁶⁵

Lo mencionado anteriormente no constituye una determinación taxativa, sino ejemplificativa, que tiene como propósito evidenciar que las condiciones de competencia entre las empresas privadas y públicas se dan en distintas condiciones de igualdad, entremezclando la iniciativa estatal empresarial de provisión de bienes y servicios públicos, con sus facultades públicas, y probablemente afectando el interés público que es su razón de ser.²⁶⁶

3.1.2.El Estado como Operador Económico con poder de mercado desde la Perspectiva de Comprador y su vinculación entre el derecho de la contratación pública y el derecho de la competencia.

²⁵⁸ Artículo 55 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

²⁵⁹ Artículo 9 numeral 9 letra c) de la Ley de Régimen Tributario Interno.

²⁶⁰ Numeral 1 del sexto artículo innumerado siguiente al artículo 89 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

²⁶¹ Artículo 77 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

²⁶² Artículo 125 literales d) y e) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

²⁶³ Excepto las tasas por servicios aduaneros.

²⁶⁴ Incluye a las sociedades cuyo capital pertenezca al menos en el 50% a alguna institución pública y las de empresas de economía mixta estarán exentas en el porcentaje que corresponda a la participación del sector público.

²⁶⁵ Se establece como requisito previo la existencia de contratos de cooperación. Esta exención también beneficia a instituciones del sector privado pero únicamente para aquellas que sean sin fines de lucro y sin necesidad de instrumento previo alguno. Tratándose de vehículos aplicará la exención cuando se trate de aquellos necesarios para usos especiales, tales como ambulancias, vehículos clínicos o radiológicos, coches biblioteca, carros de bomberos y similares, y siempre que su función sea compatible con la actividad de la institución beneficiaria, sea del sector público o privado sin fines de lucro.

²⁶⁶ Javier Viciano Pástor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, (Valencia, 1995), 460, citado por María Elena Jara Vásquez, "Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado", (2013): 215.

Revisada la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), no me cabe duda de que son normas que se encuentran estrechamente vinculadas, pero la diferencia en los períodos de expedición de cada una de ellas, hace necesario que se analice la posibilidad de entrelazar ambos regímenes jurídicos, con el fin de armonizar de mejor forma el derecho de la contratación pública con el derecho de la competencia.

En principio debo decir que quienes son proveedores u oferentes de las entidades contratantes del sector público al amparo de la LOSNC, olvidan deliberadamente o desconocen que según la LORCPM son operadores económicos, y como tales están obligados a observar las disposiciones contenidas en dicha normativa; así como también aquellas prácticas o conductas que al amparo de la primera no implicarían su violación, pero que definitivamente sí inobservan o pueden inobservar la normativa contenida en la segunda.

Como sabemos, la LOSNC es una ley de aplicación netamente para el sector público, a diferencia de la LORCPM que regula tanto a agentes económicos privados y públicos, así como a los que siendo de naturaleza privada actúan dentro del sector público, y de aquí la importancia de vinculación de las dos leyes antes mencionadas, que por ser ambas de carácter orgánico, tienen la misma jerarquía, y por las materias que regulan no son excluyentes y por el contrario resultan complementarias.

En relación con lo antes dicho, para lograr una verdadera cultura de la competencia en materia de contratación pública tomaré como punto de partida la convergencia que a mi criterio he encontrado entre la LOSNC y la LORCPM. Es así que a nivel de principios tenemos el de *competencia*, previsto en el artículo 3 de aquella, mientras que en caso de ésta encontramos el de *no discriminación*, establecido en el artículo 4.

En consideración al *principio de libre competencia*, debo afirmar que dicho precepto permite que todos los oferentes que se encuentren en condiciones de cumplir con los requerimientos solicitados acudan al llamado de las entidades contratantes, particularmente en aquellos procesos de contratación en los que se realizan convocatorias, o como en algunos procedimientos de Régimen Especial analizados, sujetos a invitación a un determinado número de proveedores u oferentes.

En dichas circunstancias los proveedores deberán competir con sus pares por hacerse de la adjudicación; y, a su vez, impide que las administraciones adjudicatarias, impongan condiciones restrictivas para el acceso de postulantes al respectivo proceso de contratación pública.²⁶⁷

En cuanto al *principio de no discriminación*, procura combatir la prácticas restrictivas de la competencia que tengan consecuencias negativas para los operadores económicos, en el objeto de estudio me refiero a contratación pública, que generalmente se refleja en la limitación de acceso al mercado de los oferentes; es decir, me refiero a prácticas abusivas que finalmente conllevan a una restricción de ofertas, lo que a su vez comprende una afectación de la calidad y del precio de las obras, bienes y servicios que demandan las entidades contratantes y que requieren contratar.

En la actualidad considero que el nexo entre ambas leyes objeto de análisis no cuenta con un fundamento sólido, sino que pende de un débil enlace que precisamente por tener tal calidad, es pasado por alto en los procesos de contratación pública. Me refiero a los modelos de pliegos expedidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), y sobre este particular despliego mis argumentos:

La LOSNCP establece en sus artículos 6.24 y 27, en concordancia con el artículo 20 de su Reglamento General, que el SERCOP como ente rector de la contratación pública, es la institución que debe elaborar y oficializar los modelos de pliegos que serán de obligatorio uso y aplicación por parte de las entidades contratantes que realicen los procedimientos precontractuales y contractuales.

Sobre la base de las disposiciones antes mencionadas, luego de la reforma a la LOSNCP de 14 octubre de 2013, el SERCOP emitió los modelos de pliegos tanto para régimen común²⁶⁸ como para régimen especial, estableciendo en dichos documentos el formato de *formulario de la oferta*, que en la parte inicial relacionada con la presentación y compromiso, en uno de sus numerales consta una declaración en relación a la propuesta que entregan los proveedores individualmente, ante lo cual cada participante afirma que la presentación de su respectiva oferta la realiza de forma independiente y sin conexión abierta u oculta con otra u otras personas naturales o jurídicas o grupos participantes en el correspondiente procedimiento; y,

²⁶⁷ Cabe aclarar que no nos referimos a aquellos procedimientos de contratación de régimen especial que tienen un solo postulante invitado directamente.

²⁶⁸ Incluidos los modelos de pliegos para el caso de contrataciones financiadas con recursos del Banco Interamericano de Desarrollo.

que el postulante también asegura que no ha vulnerado y se compromete a no vulnerar ningún principio o norma relacionada con la competencia libre, leal y justa mientras se tramita el respectivo proceso de contratación; de tal manera que no establecerá, concertará o coordinará -directa o indirectamente, de forma explícita u oculta- posturas, abstenciones o resultados con otro u otros oferentes, ya sea que se consideren o no partes relacionadas en los términos de la normativa aplicable.

Asimismo, los oferentes se obligan a abstenerse de realizar acciones, omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y, en general, se comprometen a no incurrir en toda conducta cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de posturas o en su defecto, buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor, en el procedimiento de contratación en el cual se encuentra participando.

Concluye con la declaración de conocer que se presumirá la existencia de una práctica restrictiva, por disposición del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, si se evidencia la existencia de actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general cualquier conducta, independientemente de la forma que adopte, ya sea en la presentación de su ofertas, o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro postulante, en el correspondiente proceso de contratación.

Según el mismo formulario de la oferta que consta en los modelos de pliegos del SERCOP, en otro de sus numerales los oferentes aceptan que, en el caso de que se comprobare una violación a los compromisos establecidos en el numeral sobre el derecho de la competencia mencionado en líneas anteriores, la respectiva entidad contratante podrá descalificarlos, o en el caso de que ya hubiere sido adjudicado, se faculta al poder adjudicador para que dé por terminado en forma inmediata el contrato, observando el debido proceso, allanándose inclusive a responder por los daños y perjuicios que se hayan ocasionado por las violaciones relacionadas con la competencia.

Sobre esto último se presentan dos situaciones que analizar; siendo el primer caso el de la descalificación de las ofertas que se realiza por expreso consentimiento de los participantes, siempre que incurrieren en alguna de las conductas atentatorias de la competencia conforme a lo establecido en los pliegos, y sin perjuicio de las demás causales previstas en los mismos para la descalificación de las ofertas.

En el segundo caso, esto es en la terminación del contrato, se encuentra vinculado con lo establecido en el artículo 92.6 de la LOSNCP, que prescribe como causal para su resolución las previstas en el contrato; y, ya que la oferta con todos sus anexos forma parte integrante del mismo, según la respectiva cláusula que describe los denominados “documentos habilitantes”; en consecuencia el numeral previsto en el formulario de la oferta debidamente suscrito por el oferente, se constituye en causal según la señalada disposición legal.

Ahora bien, aun cuando se haga referencia a la posibilidad de poder descalificar a los oferentes, o de terminar unilateralmente los contratos de aquellos contratistas que hubieren incurrido en prácticas atentatorias de la libre competencia en materia de contratación pública, debo aclarar que dichas situaciones no configuran los casos bajo los cuales proceden las sanciones de adjudicatarios fallidos o contratistas incumplidos, ya que en el primer caso no estamos frente a un desistimiento o negativa por parte del proponente de suscribir el contrato; y, tratándose del segundo caso, no nos encontramos frente a una situación de incumplimiento de obligaciones contractuales; por lo que en palabras más simples, resultaría inaplicable lo previsto en el artículo 98 de la LOSNCP, que se refiere al registro de incumplimientos.

Lo mismo sucede en el caso de las infracciones tipificadas como susceptibles de sanción al amparo de la LOSNCP, ya que en su artículo 106 describe taxativamente cuales son las conductas que configuran la posibilidad de establecer suspensiones temporales del Registro Único de Proveedores (RUP), dentro de las cuales no se encuentran tipificadas las conductas restrictivas de la competencia, razón por la que la mencionada ley ameritaría una reforma sobre este punto.

Ahora bien, puede darse el caso en el que sea una tercera persona la que haya identificado alguna causal de nulidad, y en virtud de ello presente la respectiva denuncia acorde a lo determinado en el artículo 66 de la LOSNCP, y en el caso de ser fundada la imputación, procede que intervenga la Procuraduría General del Estado, según el artículo 65 de ley ibídem, que prevé las causales de nulidad de los contratos suscritos al amparo del antes señalado cuerpo legal.

En este punto quiero analizar específicamente sobre el artículo 65.1, que prevé como causal, la determinación de alguna causa general prevista en la ley,²⁶⁹ es

²⁶⁹ Artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

decir no se refiere únicamente a la LOSNCP, sino a cualquier otra que determine el ordenamiento jurídico; y, es aquí precisamente donde también considero que existe otra conexión directa de la LOSNCP con la LORCPM, ya que ésta última en el artículo 11.6 tipifica dentro de los acuerdos y prácticas prohibidas -por ser restrictivas de la competencia-, a todos los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en los procesos de contratación pública regulados por la LOSNCP.

En relación con lo dicho en el párrafo precedente, el inciso final del artículo 11, prevé la nulidad de pleno derecho de todo acuerdo, práctica, decisión y recomendación que no se encuentre como excepción al amparo de lo establecido en la dicha ley, siendo una de ellas la regla del *mínimis* que establece el artículo 13 de la LORCPM, pero que considero que debería compaginarse con la LOSNCP, con el fin de que aquellos contratos adjudicados -sin importar su monto o incidencia de la transacción económica en el presupuesto general del estado- que hubieren resultado de una conducta atentatoria a la libre competencia, puedan ser declarados nulos en vía judicial, interviniendo aquí esencialmente la Procuraduría General del Estado.

En otras palabras, la excepción a la aplicación de la regla del *mínimis* prevista en el artículo 9 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, en relación al artículo 8.4 del mismo Reglamento General,²⁷⁰ debería asumir el rango de ley y dejar la categoría reglamentaria, con el objetivo de darle una mayor y mejor aplicabilidad y eficacia al principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de contratación pública, tanto del régimen común, como del régimen especial en los que concurrieren varios oferentes o proveedores.

Lo anterior tiene un complemento esencial, inherente a las administraciones que conforman el sector público, porque la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), prescribe como uno de los deberes a quienes ostentan la calidad de los

²⁷⁰El artículo 8, numeral 4 prevé que, también están sujetos a la presunción de práctica restrictiva los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, -entre otros- en una licitación, concursos, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.

servidores públicos, de respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los reglamentos y más disposiciones del ordenamiento jurídico,²⁷¹ lo que guarda directa vinculación con el artículo 226 de la misma Constitución, que prescribe que las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la mencionada norma suprema y en la ley.

De aquí inclusive nace la obligación institucional de coordinar acciones para el cumplimiento de los fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, debiendo por tanto actuar en conjunto las entidades involucradas como lo son el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), como ya lo han estado haciendo hasta el momento, habiendo publicado recientemente el *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*,²⁷² documento con el cual se pretende promover prácticas adecuadas dentro de los procedimientos de contratación pública, aplicando la normativa de competencia; pero considero necesario extender esa participación a las entidades contratantes, para que se constituyan en actores esenciales de la denuncia de casos particulares de afectación al derecho de la competencia, *escudado*-por así decirlo- en el derecho de la contratación pública.

Tal análisis, conlleva a concluir que el Estado, a través de sus entidades públicas, ejerce poder de mercado, pues al ser el mayor comprador del país que destina un promedio aproximado del 40% del Presupuesto General de cada ejercicio fiscal a la compra pública, lo cual representa un aproximado del 15,4% del Producto Interno Bruto,²⁷³ establece a través de sus entidades contratantes- las condiciones técnicas o *barreras de tipo legal* del bien, obra o servicio; los requisitos mínimos que deben reunir los proveedores para participar con sus propuestas, atendiendo criterios de preferencia establecidos en la LOSNCP (localidad, porcentaje de agregado nacional o tamaño del proveedor -MIPYMES-).

²⁷¹ Artículo 22 letra a) de la Ley Orgánica del Servicio Público.

²⁷² Preparado por la Subdirección General de Control y la Coordinación Técnica de Controversias del SERCOP; y, la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM.

²⁷³ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 156.

3.2. Acuerdos y prácticas restrictivas en los procedimientos de Régimen Especial realizado al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La LORCPM, establece lo que denomina *acuerdos y prácticas prohibidas*, a lo que doctrinariamente suele conocerse como *colusión* o *acuerdos colusorios*,²⁷⁴ definidos como acuerdos entre dos o más competidores para fijar precios, cantidad, repartirse el mercado o participar en componenda en procesos de compras públicas, siendo este último caso el considerado peligroso, debido a que es difícil de detectar, carece de razones lícitas para justificarse, genera distorsiones distributivas y de eficiencia, e implica ciertos costos no productivos para sostenerla.²⁷⁵

Nuestra legislación las que clasifica como:²⁷⁶

- Acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, o prácticas concertada o conscientemente paralelas;
- Actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, tendiente a impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

Adicionalmente la ley de la materia establece una tipología de conductas, consideradas acuerdos y prácticas prohibidas, pero circunscribiéndonos al presente trabajo, en materia de contratación pública en relación con la libre competencia tenemos los numerales 1, 2, 3, 6, 8, 18, 19, 20 y 21, siendo estos:²⁷⁷

²⁷⁴ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 240.

²⁷⁵ Fiscalía Nacional Económica, “Compras Públicas y Libre Competencia”, *Serie: Sector Público y Mercados* (abril de 2011): 9. <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAblicas-Abr2011.pdf>>

²⁷⁶ Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

²⁷⁷ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 240-1.

- Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
- El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.
- La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.
- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.
- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.
- Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.

En concordancia con lo anterior, Reglamento de la LORCPM,²⁷⁸ establece cuatro supuestos adicionales en los que existirá la presunción legal de existencia de un acuerdo o práctica restrictiva.²⁷⁹

- Fijar de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.
- Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controles concertados sobre la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
- Repartir de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.
- Actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.

Según la LORCPM y su reglamento de aplicación, las tipologías antes mencionadas están prohibidas, y son susceptibles de sancionarse de conformidad con las normas de la referida ley.

Los acuerdos y prácticas restrictivas o colusorias a nivel doctrinario –pero no a nivel de nuestra legislación– se clasifican en *acuerdos horizontales* y *acuerdos verticales*; los primeros se refieren a aquellos que se producen entre dos operadores económicos que se encuentran en un mismo nivel de la cadena o productiva;²⁸⁰ considerándose los más complejos y de una mayor problemática en atención a que generalmente involucran a competidores que son *rivales* directos.²⁸¹ En el caso de los segundos son acuerdos entre agentes económicos de distintos planos de la cadena de

²⁷⁸ Artículo 8 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

²⁷⁹ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 241-2.

²⁸⁰ Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 63.

²⁸¹ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 243.

producción o de distribución en la que las partes puedan adquirir y ofertar bienes o servicios.²⁸²

En cuanto a la temática de la investigación, tratándose de los *acuerdos horizontales*, a mi juicio resulta un ejercicio de menor complejidad establecer lineamientos generales para identificar determinados casos a los cuales pueden adaptarse las actuaciones de los agentes económicos que impliquen esta clase de conductas colusorias, pudiendo ser reconocidas independientemente del procedimiento de contratación pública.

Para desarrollar mejor lo dicho, tomaré las tipologías establecidas por la tratadista ecuatoriana Inés María Baldeón Barriga,²⁸³ quien afirma que existen tres mecanismo de práctica generalizada por parte de los proveedores, a las cuales debo sumar una más:

1. **Fijación de precios.**-Constituye el acuerdo colusorio del precioentre dos o más oferentes (competidores), previo a la presentación de ofertas físicas o electrónicas, lo que coadyuvaría a la presentación de *posturas encubiertas*, contralando así el mercado. Tal práctica podría traer como consecuencia que el procedimiento de contratación se declare desierto por falta de ofertas, haciendo presumir a la Entidad que el estudio de mercado realizado previo a la obtención del presupuesto referencial estuvo ajeno a la realidad.
2. **Posturas encubiertas.**- Constituye un artilugio por el cual los proveedores u oferentes acuerdan presentar propuestas *de papel*, lo que implica que la oferta real o verdadera sea la única aceptable para la entidad contratante. Dentro de éstas encontramos las siguientes subespecies:
 - i) Un postulante presenta una propuesta de mayor valor o de un valor menor irrisorio (que resulta preocupante para la Entidad Contratante)que la del ofertante que resulte adjudicatario, conforme al acuerdo colusorio previo entre ambos competidores; o,

²⁸² Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*, 81.

²⁸³ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 244-5.

- ii) Un proveedor presenta una postura que resulte inadmisibles para la entidad adjudicadora, ya sea incurriendo en causales de rechazo de aquellas previstas en los Pliegos; presentando ofertas condicionantes para la Entidad; o, incurriendo en errores de naturaleza no convalidables o subsanables.

En ambos casos, todos los postulantes participan en el proceso de contratación, no obstante anticipadamente conocen al proveedor que resultará adjudicatario, de tal forma que los restantes presentan ofertas inaceptables a los intereses de la institución contratante, si se la compara en relación con la que resultará ganadora.

3. Supresión de ofertas.- Se produce cuando uno o varios proveedores acuerdan no concurrir a competir en el proceso precontractual al cual fueron invitados por la Entidad Contratante (como por ejemplo en un procedimiento de contratación de Comunicación Social por Régimen Especial de Selección), o en su defecto deciden retirar sus propuestas previo a que sean analizadas, ocasionando como resultado que el participante que mantuvo la oferta presentada, sea el único posible ganador.

4. Asignación de mercados.- Es una práctica en la que los oferentes resuelven colusoriamente participar en procesos de contratación convocados en determinadas regiones, de tal forma que evitan así confluir con otros competidores, que en contrapartida tienen garantizada su participación en su respectiva circunscripción.

Mi conclusión al respecto de lo expuesto, es que estos acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia, son aplicables a los procedimientos de contratación de Régimen Especial en los que se realice una selección previo a una convocatoria abierta, o en aquellos en los que medie una invitación directa a un determinado número mínimo o máximo de proveedores; ya que en dichos procesos los oferentes podrían coludir en beneficio propio y en afectación de los intereses de las entidades contratantes.

De producirse estas especies de *acuerdos horizontales*, por tratarse de situaciones que implican confabulación entre competidores, que se adecuan a la tipología de las consideradas infracciones denominadas *muy graves*, que ameritan las sanciones previstas en la LORCPM.²⁸⁴

En lo que atañe a los *acuerdos verticales* en materia de contratación pública se producen entre operadores económicos que no compiten entre sí sino que operan en distintos niveles de la cadena productiva, coincidiendo con la doctora Inés María Baldeón en cuanto al hecho de que aquellos podrían producirse entre vendedor y comprador, es decir el o los servidores públicos y uno o más proveedores, configurando así tal actuación a lo previsto en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM²⁸⁵.

Entiéndase como *comprador* al Estado, quien ejerce su potestad a través de sus entidades públicas, que a su vez actúan principalmente -y a manera de ejemplos- a través de la máxima autoridad o su delegado (quienes poseen -entre otras- competencia adjudicataria de un contrato; miembros de comisión técnica quienes poseen competencia para calificar o descalificar a una determinada oferta), todos ellos servidores públicos.

En el Ecuador, existe un caso de connotación nacional, con el cual se puede ejemplificar los acuerdos horizontales y verticales, es así que dentro de un contrato público suscrito entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) y la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., resultado de la adjudicación de un procedimiento de Subasta Inversa Electrónica cuyo objeto fue la contratación del Servicio del Call Center del IESS, a criterio de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, dos operadores económicos: RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. y SOLNET S.A., falsearon la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja—lo que constituiría un acuerdo horizontal—; mientras que en la misma resolución tal Comisión dispone se remita lo actuado a la Contraloría General del Estado, a fin de que de considerarlo pertinente determine responsabilidades de orden administrativa, civil o penal de los servidores

²⁸⁴ *Ibíd.*, 245.

²⁸⁵ El numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, prevé como acuerdo y práctica prohibida los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.

públicos que actuaron en el citado procedimiento de contratación -claro ejemplo de acuerdo vertical-.

En lo atinente a mi investigación, existirían acuerdos verticales en los procedimientos contractuales de Régimen Especial por contratación directa, en los que evidentemente la relación comprador-vendedor se produce *uno a uno* –por así decirlo–, excluyendo a otros competidores, lo que implicaría que no necesariamente sea una práctica considerada como *colusión*,²⁸⁶ pero sí como una *práctica restrictiva* de la competencia; y, considerada *corrupción* desde la perspectiva del servicio público; en ambos casos, situaciones inaceptables y sancionables, desde la perspectiva de la normativa del servicio público y de nuestro derecho de la competencia, respectivamente. Esto por cuanto si bien implicarían dos problemas distintos desde cada uno de los ámbitos del derecho público, confluyen en cuanto al *interés estatal* que tiene como fin contratar con el mejor proveedor en términos cualitativos y cuantitativos; o dicho de otra forma, adjudicar las contrataciones de obras bienes y servicios a los postulantes que ofrezcan las mejores condiciones en cuanto a calidad y precio.²⁸⁷

Por lo expuesto, coincido con el criterio expuesto por el autor Felipe Serrano-Pinilla, quien considera que el enfoque a la actuación de la SCPM, también debería apuntar a investigar no solo los acuerdos horizontales, sino aquellos acuerdos tendientes a evitar la competencia basados en la relación funcionarios públicos-proveedores, así como procurar la imposición de sanciones, sobre la base de una visión amplia de la normativa del Derecho Público, y no únicamente del derecho de la competencia, ya que naturalmente este aplica a la sanción de las prácticas anticompetitivas entre agentes económicos.²⁸⁸

3.3. Análisis de la libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial.

²⁸⁶ Acuerdos entre dos o más competidores.

²⁸⁷ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 248.

²⁸⁸ Felipe Serrano-Pinilla, “El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 19 (2011): 163-170. <<http://www.leyex.info/magazines/Art5IntLaw19.pdf>>

En el capítulo anterior mencionados cada uno de los procedimientos de Régimen Especial previstos en la LOSNCP, su reglamento general y las resoluciones emitidas para el efecto por el ente rector de la contratación pública, para lo cual se hizo un análisis de su origen, y del trámite que se debe cumplir en cada uno de ellos, ya sea que se traten de contratación directa o por proceso de selección (convocatoria o invitación).

Ahora bien, nos corresponde profundizar en el análisis de los procedimientos desde la perspectiva de la libre competencia, para lo cual iniciaré refiriéndome a los procedimientos de Régimen Especial de *contratación directa* que prevé la ley de la materia, para posteriormente opinar sobre los que implican un *proceso de selección*.

Considero necesario mencionar que el artículo 2 de la LOSNCP es su parte inicial dispone que los procedimientos precontractuales descritos en dicho artículo, se someterán a la normativa específica que para el efecto emita el Presidente de la República en el Reglamento General a dicha ley, bajo *criterios de selectividad*. Complementariamente, el inciso segundo del artículo 68 del Reglamento General de la LOSNCP establece que en el supuesto de que no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables realizar para la contratación de bienes, obras o servicios, se observará de forma supletoria los procedimientos o disposiciones establecidos en el régimen general de la ley y su reglamento de aplicación, o de la reglamentación específica que para el efecto dicte el Presidente de la República. Es decir, en atención a la naturaleza de los objetos de contratación previstos en este régimen, los procedimientos a observar deberían ser los establecidos por el Ejecutivo ya sea en el propio RGLOSNCP,²⁸⁹ o en su defecto en la regulación específica determinada para el trámite de cada caso en particular, si la contratación lo amerita.

El RGLOSNCP prevé los siguientes procedimientos de contratación directa:

- a. Adquisición de fármacos (por contratación directa);
- b. Contrataciones para la seguridad interna y externa;
- c. Contratación directa de comunicación social;

²⁸⁹ Libia Rivas Ordóñez y Nelson López Jácome, *Interrogantes y respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública*, 2ª. ed. (Quito: Nina Comunicaciones, 2009), 230.

- d. Contratación de asesoría y patrocinio jurídico (incluye consultas puntuales y específicas);
- e. Contrataciones de obras artísticas, literarias o científicas;
- f. Adquisición de repuestos y accesorios;
- g. Contrataciones de bienes y servicios únicos en el mercado o con proveedor único;
- h. Contratación de transporte de correo interno e internacional con CDE EP;
- i. Contratación interadministrativa (Estado con entidades del sector público);
- j. Contrataciones que requiera el Banco Central del Ecuador;²⁹⁰
- k. Contratación directa de seguros;

Desde otro criterio de clasificación, los procesos de contratación directa podrían ser agrupados como contrataciones en relación a determinados proveedores (sujetos),²⁹¹ dentro de los cuales tenemos las contrataciones que versan sobre:

- Comunicadores sociales;
- Abogados;
- Artistas, literatos o científicos;
- Proveedores únicos o exclusivos;
- Empresas o instituciones públicas nacionales o extranjeras;
- Empresas públicas que realicen contrataciones en el giro específico del negocio; y,
- Seguros adquiridos a empresas estatales.²⁹²

En concordancia con lo anterior, y siguiendo la misma línea de opinión, tenemos las contrataciones que atienden a determinados productos (objetos)

²⁹⁰ Al respecto de este procedimiento de contratación me remito íntegramente a lo expresado en el capítulo anterior, sin perjuicio de que se expongan algunos comentarios adicionales.

²⁹¹ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 192.

²⁹² En el caso de que las proveedoras sean empresas públicas, o cuyo capital esté integrado en el cincuenta por ciento (50%) o más con recursos públicos.

considerados sensibles, aplicables a los procesos de contratación directa que se refieren a los siguientes:²⁹³

- Seguridad Interna y Externa, cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional;
- Fármacos o medicamentos contratados por entidades prestadoras de salud, incluido el IESS;
- Actividades y productos de comunicación social;
- Asesoría y patrocinio jurídicos especializados;
- Ejecución de obras: artísticas, literarias o científicas;
- Repuestos y accesorios de equipos y maquinarias que no estén catalogados; y,
- Obras artísticas, literarias o científicas.

Por otra parte, el género por procesos de selección del Régimen Especial, prevé dos especies, una que dispone la realización de una convocatoria, aplicable a las siguientes contrataciones:

- a. Adquisición de medicamentos por subasta inversa electrónica institucional;
- b. Adquisición de medicamentos por subasta inversa electrónica corporativa;
- c. Contratación de seguros por licitación; y,
- d. Arrendamiento de bienes muebles.

La otra especie estipula la contratación previa invitación a número de proveedores previamente determinado, para el caso de las siguientes contrataciones:

- i. Comunicación social por proceso de selección; y,
- ii. Transporte de correo interno e internacional con empresas de correos rápidos.

²⁹³ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 192.

Retomando el criterio de clasificación en función de las contrataciones en relación a determinados productos (objetos) considerados sensibles, tenemos los literales a) y b); y, respecto de los proveedores (sujetos), encontramos los previstos en los numerales i) y ii);²⁹⁴ quedando por fuera la contratación de seguros aplicando el procedimiento de licitación, ya que se rige por las normativas del Régimen Común; al igual que el caso del arrendamientos de bienes muebles, que al considerarse un servicio normalizado,²⁹⁵ igualmente le es aplicable la subasta inversa electrónica prevista en el mencionado Régimen General.

Este último sistema de clasificación, nos permite acercarnos un poco más a los *criterios de selectividad* que la LOSNCP establece que se aplicarán para los diversos tipos de contrataciones que prevé el Régimen Especial, ya que dichos criterios no se encuentran definidos ni en la ley ni en su reglamento de aplicación, así como tampoco están desarrollado en dicha normativa, existiendo por tanto una omisión reglamentaria pese al mandato a la existencia de un mandato legal expreso.²⁹⁶

3.3.1. La libre competencia en los procedimientos de contratación directa del Régimen Especial.

Atendiendo a lo planteado, esto es contrataciones que consideran la calidad de los sujetos y lo sensible de los productos, tratadistas como Eduardo García de Enterría y Tomas-Ramón Fernández, manifiestan que en materia de contratación pública se admiten restricciones a la libre concurrencia, pero que no puede ser asumida por los poderes adjudicadores como una facultad en sentido amplio –ya que discrecionalidad no se equipara con la arbitrariedad–, sino por el contrario se debe interpretar restrictivamente, atendiendo a los criterios de selección expuestos en la propia normativa, particularmente sobre la verificación de las circunstancias

²⁹⁴ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 192.

²⁹⁵ Resolución INCOP No. 041-2010 de 23 de marzo de 2010, que contiene las reglas para contratar el arrendamiento de bienes muebles, por parte de las entidades contratantes.

²⁹⁶ Stefani Tapia Rosales, “La Contratación Pública Interadministrativa en Régimen Especial con Entidades del Sector Público de acuerdo al numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (tesis de abogacía, Universidad San Francisco de Quito, 2013), 54.

específicas para la determinación de su procedencia en cada caso particular, que justificarían el acogerse a tales procedimientos cerrados.²⁹⁷

Tratándose de contrataciones directas no son características ni excepcionales de nuestro ordenamiento jurídico,²⁹⁸ sino que también se encuentran presentes en derecho comparado,²⁹⁹ es así que la normativa de la integración europea, prevé cuatro procedimientos de adjudicación, *abiertos, restringidos, negociados y diálogo competitivo*.³⁰⁰ Los primeros se refieren a aquellos procedimientos nacionales de cada país miembro, en los que cualquier postulante interesado puede presentar su propuesta; en los segundos, únicamente los oferentes invitados por los poderes adjudicadores pueden acudir con sus propuestas, o cuando ha mediado una solicitud previa de interesados en participar –una vez iniciado el proceso–; en los terceros, las entidades contratantes consultan con los proveedores de su preferencia, negocian y pactan las condiciones de ejecución del contrato, con uno o varios de los participantes,³⁰¹ y, los últimos, permiten a los órganos de contratación, ante determinadas circunstancias técnicas, financieras o jurídicas, consultar con los agentes económicos las posibles soluciones y determinar la más apropiada para ser aplicada al problema.³⁰²

En relación con lo dicho en el párrafo precedente, las directivas comunitarias, establecen como regla general la aplicación de los procedimientos *abierto, restringido y diálogo competitivo*, pero regulan también los casos excepcionales en los que opera el procedimiento *negociado*, que se limita a las siguientes especies y casos:³⁰³

²⁹⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, (Lima-Bogotá: Palestra / Temis, 2011), 766-9.

²⁹⁸ En opinión de la doctora Inés María Baldeón Barriga, ya sea que se trate de procedimientos en virtud de los objetos o sujetos, éstos conllevan una serie de elementos característicos como: la contratación directa o sin concurso, la no sujeción a montos en función del presupuesto referencial de la contratación, la no publicación en el portal de compras públicas; y, requerimientos y tramitación propia en comparación con los procedimientos del régimen común o general. En Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 193.

²⁹⁹ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 194.

³⁰⁰ Los procedimientos abierto y restringido tienen el carácter de *ordinarios*; y, el procedimiento negociado y diálogo competitivo, se consideran como *excepcionales*.

³⁰¹ David Ordóñez Solís, *La Contratación Pública en la Unión Europea*, (Navarra: Aranzadi, 2002), 107-108.

³⁰² Vicente López-Ibor Mayor y Martha Gómez Jaramillo, “Diálogo Competitivo”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 280-2.

³⁰³ José Antonio Moreno Molina, “Procedimiento Negociado”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 526-32.

Procedimiento negociado sin publicidad.- Este procedimiento se aplica:

1. Si en el respectivo procedimiento abierto, restringido o diálogo competitivo –según corresponda–, se hubieran presentado ofertas irregulares o que resulten inaceptables.³⁰⁴
2. Excepcionalmente, cuando se trate de contrataciones en los que por sus particularidades o por el riesgo que implica, no pueda establecerse su precio total.
3. Cuando luego de haber aplicado el respectivo procedimiento abierto, restringido o de diálogo competitivo –dependiendo del caso–, no se presente propuesta alguna, o las presentadas sean inadecuadas, siempre que no se modifiquen las condiciones originarias de la contratación.
4. Ante circunstancias técnicas o artísticas, o concernientes a derechos de exclusividad, situaciones en las que deba contratarse con un proveedor específico.
5. Por situaciones de extrema urgencia fundamentada en causas imprevistas para la entidad contratante y que no le sean imputables, y en consecuencia se requiera de una inmediata contratación y de su ejecución, que no se pueda realizar a través de la tramitación urgente del expediente. Al respecto de estos procedimientos se enfatiza en la interpretación restrictiva y aplicación subsidiaria que se les debe dar, así como en su excepcionalidad, ya que se sacrifican los principios de publicidad y libre concurrencia.
6. Si la contratación fuere declarada secreta o reservada, en atención a razones de seguridad especiales o de intereses que puedan comprometer la seguridad del Estado.
7. Cuando se requieran realizar contrataciones en el orden militar.

En los procedimientos se deberá incluir en los respectivos pliegos de las contrataciones toda la información relacionada con los aspectos económicos y

³⁰⁴ Puedo mencionar aspectos como: proveedores que carecieren de idoneidad, ofertas en la que se evidencie incumplimiento de normas fiscales, ambientales y laborales, propuestas que contravengan las condiciones establecidas para las variantes o mejoras, que planteen valores irrisorios o excesivos, siempre que las condiciones esenciales de la contratación no se modifiquen.

técnicos a ser observados en la negociación, los criterios de selección a aplicarse; y, en el expediente de la contratación se adjuntará las invitaciones directas, de las ofertas presentadas y recibidas, y la documentación en la que consten las razones de su aceptación o rechazo.

Procedimiento negociado con publicidad.- Éste se utiliza cuando a la entidad adjudicadora pretende una mayor concurrencia por parte de oferentes interesados, ante lo cual se realizan los respectivos anuncios en los respectivos medios oficiales (físicos y electrónicos). Se debe tener en cuenta que le son aplicables las mismas reglas del *procedimiento restringido*, particularmente en lo relativo a los criterios de selección de los ofertantes, contenido de la información constante en las invitaciones; y en el caso de que se decidiera limitar el número de participantes, deberán considerarse al menos tres proveedores que tengan la capacidad de ejecutar el objeto de la contratación.

Realizada esta breve revisión de Derecho Comparado,³⁰⁵ y revisado el articulado que establece el Régimen Especial en el Reglamento General de la LOSNCP, me permite colegir que dicha normativa en su mayoría establece elementos fútiles como cuando el artículo 107 se remite al procedimiento previsto en el artículo 99 del mencionado cuerpo reglamentario; y, frases reiterativas que no aportan, como el caso de la *resolución que acredite, señale o justifique la necesidad, motivos o circunstancia para acogerse al régimen especial*, que se menciona en los diversos artículos del Régimen Especial, descuidando los lineamientos de fondo que deberían caracterizar a estas contrataciones y que servirían de guía a las entidades contratantes, para lo cual es necesario definir conceptos jurídicos indeterminados,³⁰⁶ así como también delimitar los parámetros que fundamenten cada procedimiento de régimen especial, ya que obviamente el acto administrativo que resuelva su aplicación, debe estar debidamente razonado, y como lo dispone nuestra Constitución, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, o en el evento de que se enuncien, no se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes fácticos, considerándolos por tanto nulos de pleno derecho, y consecuentemente originando responsabilidades

³⁰⁵ Vitelio Tena Piazuero, “Procedimiento Restringido”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 533-7.

³⁰⁶ Por mencionar algunos: proveedor exclusivo, documentación de soporte, justificativos clínico-terapéuticos, criterios técnicos, productos o servicios de comunicación social urgentes, conveniencia y viabilidad técnica y económica.

de los servidores, con la consecuente pena.³⁰⁷ En el caso de esta investigación, consistiría en la nulidad de la adjudicación y la sanción por la omisión de los procedimientos aplicables en virtud de la ley.³⁰⁸

Me arriesgo a decir que –quizás– el procedimiento más perfectible por encontrarse medianamente desarrollado es el previsto en el artículo innumerado a continuación del artículo 85, que además de establecer un contexto para su procedencia, dispone expresamente que la autoridad sanitaria nacional, determine ciertos elementos dentro de los cuales se desarrollarán estas contrataciones, como la calificación de los establecimientos de salud priorizados y de las farmacias, la determinación del tarifario para el arsenal de medicamentos, la fijación del costo del servicio de dispensación, los porcentajes aplicables a cada segmento y las exenciones de pago; y, el formato de convenio de adhesión habilitante; aspectos que deberían estar próximos a ser expedidos mediante los respectivos actos administrativos por parte del Ministerio de Salud Pública.

3.3.2. La libre competencia en los procedimientos de contratación de selección en el Régimen Especial.

Dentro de los procedimientos de selección del Régimen Especial, tenemos aquellos que se realizan mediante *convocatoria*³⁰⁹ y los que se efectúan mediante *invitación*³¹⁰ a un determinado número de proveedores. Tratándose del primer caso, debo insistir en que la aplicación del *principio de concurrencia*, por una parte tiene como propósito garantizar la efectiva competencia entre operadores económicos que acuden como proveedores a los procedimientos de contratación convocados, cumpliendo así con lo establecido en nuestra normativa del poder de mercado; y por otra, dicho precepto a su vez asegura el *principio de calidad* –desde la perspectiva de la contratación pública–, que implica la posibilidad de escoger entre varias propuestas, la que resulte óptima para los intereses nacionales o institucionales, que le permitirán cumplir los fines que motivan sus existencia, fundamentalmente

³⁰⁷ Artículo 76 literal I) de la Constitución.

³⁰⁸ Eduardo García de Enterría y Tomas-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, (Lima-Bogotá: Palestra / Temis, 2011). 766.

³⁰⁹ Aplica para los procedimientos de subasta inversa institucional, subasta inversa corporativa, contratación de seguros por licitación, y arrendamiento de bienes muebles.

³¹⁰ Aplica para los procedimientos de comunicación social por proceso de selección, y transporte de correo interno e internacional con empresas de correos rápidos.

relacionados con la eficiencia en la optimización de los recursos invertidos,³¹¹ y la eficacia en la consecución del interés público, reflejado en la calidad de las obras, bienes o servicios contratados, necesarios para garantizar las prestaciones públicas de excelencia a los ciudadanos.

Como conclusión del acápite sobre el análisis de la libre competencia en los procedimientos de selección del Régimen Especial limitado a un número de invitados –al igual que en los de contratación directa–, no me cabe la menor duda de que se trastocan los principios de contratación pública, principalmente el de *publicidad* y *concurrentia*; en contraposición de lo que sucede con el procedimiento de selección por convocatoria, que procura y promueve la participación mayoritaria por parte de los proveedores para que compitan entre ellos por obtener la adjudicación de la contratación; razón por la que, para los procedimientos de contratación directa y proceso de selección por invitación, resulta fundamental que en los pliegos correspondientes se establezca con precisión los criterios de selección de los proveedores,³¹² las causas de rechazo de las ofertas, los aspectos económicos y técnicos de la contratación, y que se adjunte toda la documentación que fuere necesaria.

Una vez concluida la contratación, al expediente de la contratación, deberá incorporarse la documentación precontractual, particularmente las invitaciones directas, las ofertas presentadas y recibidas, y la documentación en la que consten las razones motivadas de su aceptación o rechazo, y de quien hubiere resultado adjudicatario.

3.4. La libre competencia en las contrataciones por emergencia.

Como ya lo afirmé en líneas anteriores, la LOSNCP, además de los procedimientos dinámicos y de los comunes o también conocidos como generales, prevé los denominados procedimientos especiales, que son distintos a los procedimientos de régimen especial. Como parte integrante de los cuatro tipos que

³¹¹ Económicos, materiales y humanos.

³¹² Coincido con lo dicho por el jurista Tena Piazuolo, en el sentido de que los criterios deben fundamentarse en aspectos objetivos y no discriminatorios como en el caso de la solvencia económica y financiera, o técnica y profesional, que conlleven a acceder a la entidad contratante a una persona natural o jurídica que cuente con el perfil empresarial o profesional para asumir las obligaciones contractuales. En Vitelio Tena Piazuolo, “Procedimiento Restringido”, 534.

establece, se encuentra la especie denominada *contrataciones en situaciones de emergencia*, que según lo previsto en la misma ley, tiene como propósito atender situaciones de emergencia, definidas en la misma normativa como “[...] aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de *fuerza mayor* o *caso fortuito*, a nivel nacional, sectorial o institucional.”³¹³

Sobre esto último cabe mencionar que la *fuerza mayor* o *caso fortuito* no están definidas en la ley de la materia, pero la Resolución INCOP No. 045-2010 de 9 de julio de 2010,³¹⁴ emitida por el entonces Instituto Nacional de Contratación Pública –actual SERCOP– establece que cuando se refieran a situaciones que provengan de los mencionados conceptos jurídicos, se deberá detallar el motivo, el mismo que tendrá relación con la definición que consta en el artículo 30 de la codificación del Código Civil, razón por la que debemos remitirnos a dicha definición, que entiende por “[...] fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”³¹⁵

No obstante lo prescrito en el código señalado tampoco resulta amplia o entendible la definición de *fuerza mayor* o *caso fortuito*, ya que se limita a enumerar algunas situaciones ejemplificativas de tales situaciones, a tal punto inclusive que los equipara y entiende como sinónimos, mas debo mencionar que algunos autores como Guillermo Cabanellas de Torres, afirma que se trata de dos conceptos distintos, ya que la *fuerza mayor* constituye un acontecimiento previsto o no previsto que no ha podido resistirse, y que como consecuencia impide u obstaculiza cumplir con lo que debía hacerse o lo que era posible y lícito; esto en el ámbito del derecho se traduce como una oposición al ejercicio de un derecho o al cumplimiento de la obligación respectiva; mientras que el *caso fortuito* es producto de un acontecimientos de la naturaleza inesperado al que no es posible resistir.³¹⁶

³¹³ Artículos 6 numeral 31, y 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

³¹⁴ Publicada en el Registro Oficial No. 254 de 10 de agosto de 2010.

³¹⁵ En otra aproximación al concepto de *fuerza mayor* de la legislación ecuatoriana, cito el inciso segundo del artículo 221 el Código de Comercio, cuyo texto prescribe que “[...] Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse [...]”.

³¹⁶ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. II y t. IV (Buenos Aires: Heliasta, 2009), 108-9, 143-4.

La desaparecida Corte Suprema de Justicia, en algunas de las sentencias de las salas Primera y Tercera de lo Civil y Mercantil, concluyó en su momento que la *fuerza mayor* proviene de una persona o individuo y es ajeno a fuerzas naturales; y, tratándose del *caso fortuito*, proviene de la naturaleza.³¹⁷ Los criterios antes expuestos también han sido recogidos por la Procuraduría General del Estado, en varios de sus pronunciamientos sobre el tema, haciendo eco de las definiciones de la doctrina y jurisprudencia mencionadas.

Lo antes dicho resulta fundamental ya que la LOSNCP destaca que una *situación de emergencia* debe ser concreta, inmediata, imprevista,³¹⁸ probada y objetiva; y, en el caso de comprobarse que la circunstancia específica no reúne estas características, no será considerada como tal, lo cual es confirmado por la Resolución INCOP No. 045-2010 de 9 de julio de 2010, que establece que los elementos que definen una situación como emergente son la inmediatez e imprevisibilidad, debiendo ser concreta, objetiva y probada, ya que cualquier declaratoria y sus consecuentes contrataciones no ajustadas a lo indicado, se considerará como elusión de procedimientos precontractuales.³¹⁹ El procedimiento a seguir es el siguiente:³²⁰

1. Expedición de una resolución motivada por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante, en la que se declare la emergencia, para justificar las contrataciones directas de obras, bienes o servicios, estrictamente necesarios para superar la respectiva situación.³²¹
2. Declarada la emergencia, existe la posibilidad de contratar con proveedores extranjeros, sin éstos cumplan los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías, los cuales se verificarán una vez suscrito el respectivo contrato.

³¹⁷ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 223-4.

³¹⁸ Al respecto de la imprevisibilidad el artículo 25 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que en el Plan Anual de Contratación (PAC) contendrá las obras, bienes o servicios que se contratarán durante el correspondiente año, en función de sus respectivas metas institucionales, estableciendo como excepción las contrataciones de ínfima cuantía y las ocasionadas por situaciones de emergencia.

³¹⁹ Artículo 1 de la Resolución INCOP No. 045-2010 de 9 de julio de 2010.

³²⁰ Rivas Ordóñez y López Jácome, *Interrogantes y respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública*, 174-5.

³²¹ El artículo 71 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe que las contrataciones previstas en el Régimen Especial, también podrán ser declaradas de emergencia, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 57 de la ley de la materia.

3. Superada la *situación de emergencia*, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el portal de compras públicas, un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.

El informe contendrá lo siguiente:³²²

- a) Número y fecha de la resolución que declaró la emergencia;
 - b) Número de contratos efectuados para superar la emergencia;
 - c) Objeto de cada contrato efectuado;
 - d) Identificación del o los contratistas con su respectivo número de Registro Único de Contribuyentes (RUC);
 - e) Plazo de duración de la emergencia;
 - f) Valor de cada contrato, incluyendo los valores por concepto de reajustes, contratos complementarios o cualquier otra situación que permita cuantificar con exactitud lo invertido en la emergencia;
 - g) Resultados de la contratación con indicación de bienes adquiridos, servicios prestados, productos de consultoría u obras construidas, según sea el caso, con referencia al cumplimiento de sus respectivas obligaciones; y,
 - h) Indicación clara de las situaciones de hecho que se lograron corregir o superar con los resultados de la contratación.
4. Finalmente es necesario destacar que las contrataciones se realizan bajo responsabilidad de la máxima autoridad institucional o su delegado, y que el acto administrativo inicial de declaratoria de emergencia, contratos e informes, una vez emitidos y suscritos, deben ser publicados en el portal de compras públicas en el menor tiempo posible, y en éste último caso la responsabilidad se extiende a los usuarios autorizados para operar el portal.³²³

³²² Artículo 5 de la Resolución INCOP No. 045-2010 de 9 de julio de 2010.

³²³ Artículos 2, 3, 4 y 6 de la Resolución INCOP No. 045-2010 de 9 de julio de 2010.

Ya entrando en materia objeto de la investigación, en las contrataciones en mención tenemos dos aspectos fundamentales, la declaratoria de la *situación de emergencia* que debe cumplir indefectiblemente con todos los presupuestos jurídicos que la configuran como tal; es decir que sea *concreta*, lo que implica la existencia de un hecho particular grave; *inmediata*, que haya provocado daño o que pueda producir aún mayores perjuicios –al ya originado– en el corto plazo; *imprevista*, lo que significa que no sea susceptible de previsión o ajena a la voluntad e imposible de resistir; *probada*, puesto que se requiere de la existencia de pruebas de los hechos ocasionados por la fuerza mayor o el caso fortuito y que derivaron en emergencia, así como de los daños causados o que se pudieren producir; y, *objetiva*, que alude a un hecho real o material, dejando de lado las apreciaciones o estimaciones personales que incurren en lo subjetivo.³²⁴ Cumplido esto es procedente que la entidad pueda realizar *contrataciones de forma directa*, quedando facultada a invitar a proveedores con el fin de que suministren los bienes, presten sus servicios o ejecuten las obras necesarias, tendientes a superar la situación de emergencia.

A criterio de la jurista Inés María Baldeón, esta clase de contrataciones analizadas desde la perspectiva de la libre competencia podrían conllevar a su *distorsión*, si no fuere debidamente motivada; es decir si no reúne las características previstas para dicho procedimiento –señaladas en el párrafo precedente–, sustancialmente porque no media concurso alguno. Sugiere además la inclusión de un *régimen de urgencia*, que se diferencia de la *emergencia*,³²⁵ ya que se trata de procedimientos con parámetros determinados debida y previamente justificados, de participación restringida o limitado a cierto número de oferentes y con plazos más cortos.³²⁶

Coincido con la citada autora en que la naturaleza de la contratación por emergencia no está en la dispensa de los procedimientos precontractuales que establece la LOSNCP, sino en la necesidad de superar y solucionar la contingencia

³²⁴ Pérez, López y Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, 224.

³²⁵ En este contexto anoto que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España, establece las contrataciones mediante la tramitación urgente del expediente (artículo 112) y las de tramitación de emergencia (artículo 113). La primera responde a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación deba acelerarse por razones de interés público, reduciendo los plazos significativamente. La segunda procede cuando se deba actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

³²⁶ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 282.

que amerita celeridad en la ejecución de obras, la provisión de bienes o la prestación de servicios. Para esto es necesario una mejor y mayor normativa secundaria, particularmente sobre los actos administrativos que declaran las situaciones de emergencia, modelos de pliegos emitidos por el SERCOP, análisis posterior de los resultados obtenidos y si han permitido o no superarlas, y sanciones ante la aplicación infundada o abusiva de dicha figura de contratación.³²⁷

En mi apreciación personal, considero que en este procedimiento especial de contratación se produce una modulación del *principio de oportunidad*, ya que si bien la satisfacción del *interés público*³²⁸ persiste –para restablecer el bien público afectado–; su fundamento no surge desde la perspectiva de la elección de las mejores ofertas, sino de la superación de la crisis que requiere de atención inmediata, y que es hacia donde debe dirigirse la potestad discrecional de la administración pública. Esto no obsta para que la máxima autoridad establezca un proceso de selección cerrado o restringido a determinados proveedores o a cierto número de oferentes, sin perjuicio de que conforme a las facultades concedidas por la ley, decida contratar –sin selección alguna– con los proponentes a los que invite directamente. Sobre esto último, existen autores como el tratadista Efraín Pérez Camacho, que sostienen que aun cuando se trate de contrataciones emergentes, debe tramitarse mediante un proceso de selección, salvo que resulte imposible su realización, casos en los que sí se admitiría la contratación directa.³²⁹

En relación con el párrafo anterior, podría decirse que existe una ponderación³³⁰ de principios, fundamentada en la preeminencia a la que denominaría *legal* del principio de oportunidad respecto a los principios de trato justo, igualdad,

³²⁷ *Ibíd.*, 282-4.

³²⁸ Llamado también interés: general, nacional, común, social o colectivo.

³²⁹ Efraín Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*, 3ª. ed., t. II, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 790-1.

³³⁰ Siguiendo el criterio del profesor Luis Arroyo Jiménez, “[...] La ponderación es, precisamente, el tipo de discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa, por tanto, establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada. [...] De este modo, la resolución de una colisión de principios a través de la ponderación, es decir, mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada, implica la creación de una nueva norma en virtud de la cual, si se dan las circunstancias señaladas, deberá aplicarse la consecuencia jurídica que se deriva del principio al que se ha otorgado prevalencia.” En Luis Arroyo Jiménez, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, (Mayo de 2009): 8, <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683>>.

vigencia tecnológica,³³¹ concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional; y, simultáneamente un ajuste de éstos frente a aquél, debido a las circunstancias excepcionales temporales acaecidas. Pero respecto del principio de legalidad existe una doble perspectiva, ya que por una parte existiría un rigidez, puesto que la LOSNCP establece claramente cuando procede la contratación directa ocasionada por una situación de emergencia; y por otra parte se flexibiliza para exonerar a las entidades contratantes de la aplicación de los procedimientos precontractuales previstos en la ley, sin dejar de exigir el cumplimiento de los mismos parámetros que deben observarse en las fases contractual, de ejecución contractual y pos contractual, sobre las cuales se mantiene la responsabilidad de cumplimiento como si se tratara de un procedimiento de régimen común o especial.³³²

En lo que respecta al principio de calidad –al igual que el de oportunidad–, únicamente experimenta una adaptación, ya que para sobreponerse a la emergencia se puede elegir directamente al proveedor o los proveedores, pero la obligatoriedad de aptitud a la que están sometidos se mantiene, ya que deben cumplir con las condiciones solicitadas por la entidad, pero sin que esto denote un sacrificio de los atributos de las obras, bienes y servicios contratados a pretexto de la situación de apremio, conjugando así una actuación eficaz por parte de la entidad contratante, sin dejar de ser eficiente.

En atención a todo lo indicado, puedo concluir que desde el contexto de contratación pública, se admitiría la precedencia del principio de oportunidad frente al de concurrencia ante una *situación de emergencia*;³³³ pero desde la perspectiva de la competencia se debe debería analizar si las contrataciones realizadas cumplen con los principios constitucionales de eficacia y eficiencia,³³⁴ ya que en muchos casos en el contexto de las emergencias, a pretexto de la *eficacia*, se ha descuidado y afectado

³³¹ Si se considera lo expuesto en el capítulo anterior sobre este principio, me refiero a la primera perspectiva, esto es la utilización del portal de compras públicas, ya que desde la perspectiva.

³³² William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, 2ª. ed. t. I, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012), 270-1.

³³³ La situación de emergencia obligatoriamente deberá cumplir con lo previsto en la LOSNCP y normativa secundaria de la materia, que establece que la circunstancia debe ser: concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, según lo analizado.

³³⁴ Según el artículo 227 de la Constitución, la Administración Pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

la *eficiencia*, razón por la que una vez concluidas las causas que motivaron la emergencia, se debería evaluar los resultados obtenidos.³³⁵

3.5. La libre competencia en los convenios de pago.

Como ya se ha analizado en los capítulos segundo y tercero de este trabajo, las contrataciones cuyo objeto sea la *ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes*, están sometidas a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el RGLOSNC-.

También se ha analizado que uno de los objetivos del Estado, a través de la LOSNCP, es articular la planificación pública; y por lo tanto, lograr que cada una de las contrataciones que realizan las entidades del sector público se encuentren debidamente planificadas y aprobadas en un Plan Operativo Anual y en el Plan Anual de Contrataciones, por lo tanto no deberían existir razones que intenten justificar que una Entidad se halle imposibilitada de cumplir con los procedimientos de contratación previstos en la citada Ley Orgánica y su Reglamento General de aplicación, aun cuando más, el artículo 1 de dicho cuerpo normativo ha previsto el objetivo y ámbito de la misma. Correspondiendo ahora analizar otra figura - muy común en el diario quehacer del sector público - con la cual se restringiría el principio de competencia, para esto debo partir manifestando que mediante Registro Oficial No. 916 de 20 de marzo de 2013, se publicó la reforma que el Ejecutivo realizó al Reglamento General de la LOSNCP -entre otras- al procedimiento de contratación directa por Régimen Especial de Comunicación, previendo en el artículo 91 que en el caso de realizarse procesos de contratación previstos en el Apartado I de esta Sección, se podrá efectuar el pago una vez difundidos los productos comunicacionales o ejecutadas las actividades o servicios comunicacionales, de conformidad con las normas aplicables al caso³³⁶.

³³⁵ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 208.

³³⁶ El artículo 91 establece: “En el caso de los procesos de contratación directa previstos en el Apartado I de esta Sección, el pago podrá efectuarse una vez difundidos los productos comunicacionales o ejecutadas las actividades o servicios comunicacionales, de conformidad con las normas aplicables al caso.”

Los *convenios de pago*, tienen como fundamento legal el numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas,³³⁷ que prescribe que la obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo; y, complementariamente disponen que el registro de obligaciones deberá ser justificado mediante documentos que determinen un compromiso presupuestario; y, comprobado por instrumentos que demuestren la entrega de las obras, bienes o servicios contratados.³³⁸

De lo dispuesto por el referido código, puedo resumir que los convenios de pago versan sobre diversas situaciones que originan una obligación de restitución de valores a terceros de quienes se hayan ejecutado obras, entregado bienes o prestado servicios solicitados en un determinado momento y circunstancias; siempre que, independientemente de que haya habido o no compromiso previo de recursos, hubieren sido solicitados por una autoridad debidamente facultada, y cuya entrega-recepción se encuentre formalizada en un acto administrativo válidamente suscrito por las partes.

Revisando el derecho comparado, a criterio del autor español José Manuel Aspas, al hablar de lo que denomina *contratos verbales*, afirma que en el ámbito del Derecho Público dichos instrumentos son nulos de pleno derecho, pero reconoce la existencia de *contrataciones verbales irregulares*, en las que las administraciones públicas, omitiendo el respectivo procedimiento, realizan contrataciones orales con el agente que debería asumir el rol de contratista –en una contratación formal–; y, que si éste de buena fe ejecuta el objeto, no se procede al pago del precio, sino que surge una obligación de reembolso del valor de la prestación, para así evitar el enriquecimiento injusto y sin causa por parte de la entidad estatal. Concluye además

³³⁷ Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

³³⁸ En concordancia con lo establecido en el señalado Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el numeral 403-08 de las Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos de la Contraloría General del Estado (R.O.-S No. 87 de 14 de diciembre de 2009), definen el control previo al pago que las servidoras y servidores de las instituciones del sector público deben observar, y establece las siguientes disposiciones: “c) Los pagos estarán debidamente justificados y comprobados con los documentos auténticos respectivos; [...]. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y por documentos comprobatorios, los que demuestren entrega de las obras, bienes o servicios contratados.”

que, esta clase de contrataciones son indebidas, y aun cuando no deberían darse, son una práctica patológica común de las instituciones públicas.³³⁹

Lo anterior guarda concordancia con lo establecido en nuestra Constitución, que establece que el trabajo es un derecho económico que contribuye a la realización personal, siendo deber del Estado garantizar a las personas trabajadoras remuneraciones y retribuciones justas, así como el desempeño del trabajo libremente escogido o aceptado; e igualmente procurar que nadie sea obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.³⁴⁰

Al respecto de este tema la Procuraduría General del Estado se ha manifestado aseverando que, sostener lo contrario a lo dicho en el párrafo precedente se traduciría en un injustificado enriquecimiento del Estado, al exigir un trabajo gratuito o forzoso, ya que dicha posibilidad está prohibida por la Constitución.³⁴¹ En la misma línea de opinión, y dentro del ámbito específico objeto de la presente investigación, el mencionado organismo público bosqueja una definición del convenio de pago y afirma que es una figura que se aplica por excepción, y que constituye una vía de extinción de obligaciones surgidas por prestaciones recibidas a satisfacción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas; pero en sus dictámenes advierte además que, se deberá adoptar las medidas pertinentes y observar los procedimientos previos, a fin de evitar a futuro, que se ejecuten obras, se adquieran bienes o se reciban servicios, sin el correspondiente respaldo contractual.³⁴²

El doctor Patricio Troya Meneses,³⁴³ sostiene que a partir de la expedición de la Constitución del año 2008, la Procuraduría General del Estado ha procedido a estructurar la aplicación práctica de los convenios de pago en materia de contratación

³³⁹ José Manuel Aspas, “Contratación Verbal”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 153-4.

³⁴⁰ Artículos 33 y 66, numeral 17, de la Constitución.

³⁴¹ Oficio No. 09578 de 22 de junio de 2004. Si bien el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado data del período anterior a la Carta Fundamental de Montecristi; y, aun cuando se trata de un criterio emitido dentro del marco de la normativa del servicio público, se consideran los fundamentos del derecho al trabajo y al justo pago, razón por la que el dictamen mantiene su validez en cuanto a los razonamientos expuestos. Igualmente, el primer inciso del artículo 35, y el numeral 17 del artículo 23 de la derogada Constitución de 1998, coinciden con el artículo 33, y el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de 2008.

³⁴² Oficio No. 05605 de 26 de diciembre de 2011.

³⁴³ Director Nacional de Contratación Pública de la Procuraduría General del Estado.

pública, precisamente basado en el no enriquecimiento sin fundamento del Estado y el derecho al trabajo remunerado.³⁴⁴

Como elementos característicos y de contenido de la señalada figura subrayo los siguientes:

1. Tiene un carácter excepcional;
2. Extingue todas obligaciones pendientes de pago;³⁴⁵
3. No elimina la responsabilidad de los servidores públicos quienes con su acción u omisión ocasionaron su aplicación y suscripción;
4. Puede ser sometido a auditoría gubernamental de la Contraloría General del Estado;
5. Existe la posibilidad de establecer sanciones administrativas, civiles y penales, sin que los funcionarios administrativos puedan alegar que han sido sancionados más de una vez por la misma causa;³⁴⁶
6. Los servidores que impulsan su utilización y quienes los suscriben, en los casos que fuere procedente, se encuentran exentos de sanción, excepto en el caso de que fueren responsables de su aplicación debido a su acción u omisión;
7. Deberá incorporar como cláusula imprescindibles: el objeto, el detalle de los recibido, el valor a cancelar, la forma de pago y el plazo para hacerlo, la extinción de las obligaciones; y, salvaguardar la responsabilidad de quienes contribuyeron al pago vía convenio; y,
8. Debe cumplir con los requisitos establecidos por la Procuraduría General del Estado, siendo estos:

³⁴⁴ Apuntes personales de la conferencia internacional sobre “Los convenios de pago, naturaleza jurídica, su carácter excepcional, casos en los que proceden, alcances, responsabilidades y sanciones”, desarrollado en Quito el 25 de julio de 2015. Tema del expositor: “La visión de la Procuraduría General del Estado respecto a la naturaleza jurídica de los convenios de pago, su alcance, responsabilidades y sanciones”.

³⁴⁵ El numeral 2 del artículo 1583 del Código Civil codificado establece que las obligaciones se extinguen, en todo o en parte por la solución o pago efectivo. Por esta razón se debe estipular que el convenio de pago extingue todas las obligaciones que se encontraban pendientes.

³⁴⁶ Este criterio fue expuesto por la doctora Inés María Baldeón Barriga en la conferencia internacional sobre “Los convenios de pago, naturaleza jurídica, su carácter excepcional, casos en los que proceden, alcances, responsabilidades y sanciones”, desarrollado en Quito el 25 de julio de 2015. Tema de la expositora: “Los convenios de pago: su relación con las inhabilidades para contratar y con la afectación al Derecho de la Competencia”.

- a) Que existió la necesidad institucional previa, de acuerdo con la certificación que otorgue el titular del área requirente, de conformidad con los planes operativos de la entidad pública;
- b) Que los precios pactados son los del mercado a la fecha de ejecución de la obra, prestación de los servicios, o de adquisición de los bienes;
- c) Que haya constancia documentada de que las obras, bienes o servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los servidores responsables de la institución estatal;³⁴⁷
- d) Que las obras ejecutadas, los bienes adquiridos, o los servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones inherentes al respectivo establecimiento del sector público; y,
- e) Que exista certificación presupuestaria respectiva,³⁴⁸ que garantice la existencia de los recursos suficientes, conforme a lo establecido en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.³⁴⁹

Por otra parte, el doctor Juan Fernando Aguirre Rivadeneira³⁵⁰ considera que la suscripción de los convenios de pago constituye la prueba que determina la inobservancia de la ley, en nuestro caso la LOSNCP, y en consecuencia debe ser objeto de análisis por parte de los respectivos órganos de control para la determinación de responsabilidades –si fuere el caso–, ya sean estas administrativas, civiles o indicios de responsabilidad penal.³⁵¹ Además considera indispensable que se

³⁴⁷ Las actas de entrega-recepción de los convenios de pago de contratación pública no deben observar el contenido que se establece el artículo 124 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que precisamente se refieren a la entrega-recepción de contratos previamente suscritos. No obstante el contenido previsto en el mencionado artículo sirve de referencia al momento de la elaboración del correspondiente documento.

³⁴⁸ La certificación es previa al convenio de pago, pero no se refiere a la certificación del proceso de contratación pública que no se hizo, porque puede ser que no exista, ya que el instrumento aplica precisamente para estos supuestos.

³⁴⁹ El artículo 178 del mismo código establece las sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria.

³⁵⁰ Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), y posteriormente Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), en el período comprendido entre agosto de 2012 hasta febrero de 2015.

³⁵¹ Apuntes personales de la conferencia internacional sobre “Los convenios de pago, naturaleza jurídica, su carácter excepcional, casos en los que proceden, alcances, responsabilidades y sanciones”, desarrollado en Quito el 25 de julio de 2015. Tema del expositor: “Los convenios de pago y las distorsiones que se generan en el SNCP, complejidades, responsabilidades y sanciones”.

apliquen las sanciones previstas en el artículo 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Desde la perspectiva institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, los valores que por concepto de convenios de pago cancelan las entidades contratantes a sus contrapartes, constituyen lo que denomina una *pérdida negra*, ya que dichos valores no se registran en el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), por lo que la información que consta en el mismo es relativa en cuanto a cifras; razón por la que el SERCOP se encontraría trabajando en una normativa relacionada con la regulación sobre el tema.

El referido autor concluye que para la suscripción de los convenios de pago relacionados con la ausencia de procedimientos de contratación pública, se deben tener en cuenta las inhabilidades generales y especiales previstas en la LOSNCP y su reglamento general de aplicación, ya que no se deberían suscribir dichos instrumentos con personas naturales o jurídicas que sean inhábiles para contratar según la mencionada normativa.

La jurista Inés María Baldeón Barriga, argumenta que si bien el convenio de pago se encuentra establecido en la ley, no por ello debe asumirse que se trata de un procedimiento de contratación pública, y que por el contrario –y coincidiendo con el expositor Aguirre Rivadeneira–, su existencia corrobora la inobservancia de la normativa de contratación pública vigente y aplicable, que prevé los procedimientos precontractuales que deben observarse para el escogimiento del o los proveedores de obras, bienes o servicios; y, de los derechos y obligaciones de la contratante (entidad) y contratista, una vez adjudicado y suscrito el respectivo contrato.

Sobre el tema considero que fundamenta su razonamiento en el principio de legalidad que rige al Derecho Público, ya que no debemos olvidar que la *regla general*, dispone que la contratación de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, se deben realizar al amparo de la LOSNCP, su reglamento general y demás normativa secundaria, ya que –concordando con mi directora de investigación– dichas disposiciones establecen los procedimientos competitivos para la selección de proveedores que cuenten con la capacidad técnica, económica y legal; así como también prevé los casos puntuales en los que se permite la contratación

directa, pero siempre observando los parámetros establecidos por la propia normativa de la materia.³⁵²

Retomando la disposición del artículo 91 del RGLOSNCPP y el supuesto fundamento legal para recibir bienes o servicios comunicacionales a través de los convenios de pago, llamaría de sobremanera la atención el solo hecho de imaginar que el Ejecutivo haya incluido esta disposición en un artículo propio, única y exclusivamente en el procedimiento referente a *contratación directa por Régimen Especial de Comunicación*, de haber sido esa la intención del Ejecutivo, -que dentro de los procedimientos de contratación directa por Régimen Especial de Comunicación Social, se realice mediante la figura de convenio de pago-, la reforma del artículo 89 del RGLOSNCPP, hubiere contemplado ese proceder, remitiendo inclusive a los requisitos previstos en el artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, y en consecuencia la Procuraduría General del Estado, hubiere derogado sus innumerables pronunciamientos sobre el tema; mas, muy al contrario, el Ejecutivo reglamentó un nuevo procedimiento, que si bien es cierto, simplificó el procedimiento de contratación anterior, sigue siendo un *procedimiento precontractual* previsto como tal en la LOSNCPP.

Luego del análisis realizado y en virtud a las razones expuestas, son suficientes premisas para deducir que los convenios de pagos indebidamente motivados y carentes de justificación por parte de los servidores públicos y de las máximas autoridades de las entidades estatales, son violatorios de los preceptos de contratación pública y derecho de la competencia, razón por la que es necesaria la expedición de una normativa regulatoria de estos instrumentos, al menos desde ambas ramas del derecho señaladas, ya que actualmente su uso ha dejado de ser excepcional, siendo aplicados inadecuadamente y abusivamente, lo que revela actualmente sus falencias:

- a. Uso generalizado, contrariando su característica de excepcionalidad;
- b. Carece de límites en cuanto al monto de las obras, bienes o servicios sobre los cuales existe obligación de pago;
- c. Encubre contrataciones directas, violatorias de los principios de contratación pública y derecho de la competencia;

³⁵² Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 361-4.

- d. Motivación nula o escasa, basada únicamente en enunciar preceptos constitucionales, inobservando las demás disposiciones legales generales y especiales, particularmente las previstas en la normativa de contratación pública, y de la legislación supletoria aplicable a los contratos y convenios.³⁵³
- e. Ausencia del establecimiento de responsabilidades y sanciones de los causantes de su aplicación, ya sea que se deba a la acción u omisión de los servidores públicos.

3.6. La libre competencia en los contratos complementarios, variaciones e incrementos en los contratos de obras.

La LOSNCP prevé en su artículo 2, contrataciones de obras, bienes o servicios mediante régimen especial, así como también establece que ante la necesidad de ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado y previamente contratado, ya sea por causas imprevistas o técnicas, que deberán estar debidamente motivadas e ineludiblemente asociadas a la ejecución del objeto contractual; las entidades contratantes podrán celebrar contratos complementarios de manera directa con el contratista original.

La normativa es reiterativa al manifestar que se lo puede hacer sin que medie licitación o concurso alguno, estableciendo como único requisito la invariabilidad de los precios de los rubros del contrato principal, los que únicamente pueden ser reajustados a la fecha en la que resuelva la celebración del correspondiente contrato complementario, para lo cual se aplicará la fórmula de reajuste de precios del respectivo contrato inicial.³⁵⁴

Tratándose de ejecución de obras, las causas imprevistas o técnicas que justifiquen la necesidad del o los contratos complementarios, podrán ser invocadas ya sea por la entidad contratante, o por el contratista, para lo cual se requerirá del informe previo por parte de la fiscalización de la obra.³⁵⁵

No obstante lo anterior, debo establecer la diferencia que existe entre los límites de los porcentajes para los contratos complementarios, ya que tratándose de

³⁵³ Especialmente lo establecido en el Código Civil codificado.

³⁵⁴ Artículos 85 y 132 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

³⁵⁵ Artículo 144 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

servicios que no sean de consultoría y de ejecución de obras, la ley prevé como máximo un treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal; y, tratándose de los contratos de servicios de consultoría, no podrán exceder del setenta por ciento (70%).³⁵⁶

Adicionalmente debo aclarar que para el caso de obras, la ley también determina que en caso de existir diferencia de cantidades respecto de rubros contractuales, que no superen el veinticinco por ciento (25%) del valor reajustado del contrato primigenio, se puede aplicar la figura de órdenes de cambio prevista en el artículo 88 de la LOSNCP; y, tratándose de rubros nuevos o no contractuales, que sean iguales o menores al diez por ciento (10%), procede la figura de órdenes de trabajo, según el artículo 89 de la ley en mención. Finalmente establece que si los rubros contractuales y nuevos sobrepasaren los porcentajes previstos en los artículos señalados, será necesario tramitar los contratos complementarios que se requieran, siempre que no excedan del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal. Esto último evidencia que podrían existir uno o varios contratos complementarios, con la única limitación señalada en cuanto al porcentaje.

Lo dicho respecto a los contratos de obra, permite colegir que la suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y órdenes de cambio, en ningún caso excederá del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal,³⁵⁷ pudiendo ser un porcentaje inferior ya sea que:³⁵⁸

- Se suscriba únicamente un contrato complementario (35%);
- Se suscriba un contrato complementario (35%) y se gestionen órdenes de trabajo (10%);
- Se suscriba un contrato complementario (35%) y se tramiten órdenes de cambio (25%); o,
- Se realicen únicamente órdenes de trabajo (10%) y de cambio (25%).

³⁵⁶ Artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

³⁵⁷ Los artículos 136, 137 y 138 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contienen disposiciones relativas a las fórmulas de reajuste de precios para el caso de creación de rubros nuevos, incremento de rubros contractuales, y para el contrato complementario de obras cuando varíen las cantidades o se supriman rubros del contrato original.

³⁵⁸ En las tres de las cuatro opciones que involucran contratos complementarios se podrá contemplar el pago de anticipos en la misma proporción prevista en el contrato original, se hará constar la o las correspondientes fórmulas de reajuste de precios –de ser el caso–; y, se deberá solicitar al contratista garantías adicionales. Todo lo anterior conforme a la LOSNCP y su Reglamento General.

Debo mencionar que la LOSNCP prescribe que para todos aquellos casos en que la entidad contratante decida contraer obligaciones que impliquen la erogación de recursos resultantes de los contratos complementarios, obras adicionales o rubros nuevos, será requisito previo a su autorización, contar con la respectiva certificación presupuestaria; y, tratándose de los contratos complementarios, se prohíbe expresamente su celebración cuando se trate de adquisiciones de bienes o de contrataciones integrales a precio fijo.³⁵⁹

Hago un paréntesis para mencionar que ciertos autores como Carlos Baldeón Barriga, al referirse al artículo 85 de la LOSNCP, afirma que dicha disposición presenta varios conceptos jurídicos indeterminados, principalmente las llamadas *circunstancias imprevistas o técnicas*, así como los objetivos del contrato complementario cuya aplicación persigue *ampliar, modificar o complementar* un contrato principal, de tal forma que la ausencia de contextualización y conceptualización, abren la posibilidad para que las entidades contraten lo que a su criterio consideraren necesario, lo que puede ocasionar que se suscriban dichos instrumentos para evadir la aplicación de nuevos procedimientos de contratación.³⁶⁰

Como parte de los comentarios que versan sobre el trabajo de investigación, me remito a lo expresado por la doctora en derecho Inés María Baldeón Barriga, que ha agrupado a los contratos complementarios, diferencia en cantidades de obra y rubros nuevos, denominándolos como *modificaciones sobrevenidas* al contrato principal, observando primeramente que, de manera general estas figuras son omitidas en los documentos precontractuales, es decir en el pliego y sus adjuntos, o en su defecto la entidad contratante da por sentado que, al estar previstos en la normativa de la materia, se encuentra facultada para aplicarlas si el caso lo amerita, lo que implica que la principal motivación para su utilización es la mera remisión legal, que en términos simples atenta contra la libre competencia³⁶¹, ya que de haberse previsto dichos incrementos en la etapa preparatoria, probablemente habrían participado otros postulantes que originalmente –en función del análisis técnico y económico de las condiciones propuestas por la contratante–, decidieron no concurrir

³⁵⁹ Artículos 53, 87, 90 y 91 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

³⁶⁰ Carlos Baldeón Barriga, *Sistema Nacional de Contratación Pública – Reflexiones Relevantes*, (Quito: Tallpa Publicidad, 2012), 25-6.

³⁶¹ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 348.

al proceso de contratación convocado, debido a los bajos precios ofertados por parte de quien resultó adjudicatario, pero que a sabiendas de que se trataba de un presupuesto irreal, ya asegurada su calidad de contratista, acude a la entidad estatal para solicitar la suscripción de contratos complementarios, así como de órdenes de trabajo y de cambio.³⁶³ Consideraciones por las que las *modificaciones sobrevenidas* deberían razonar previamente sobre:³⁶⁴

- a. El interés público, sobre la base de las causas que motivarían los cambios al contrato original.
- b. La imposibilidad de afectar las condiciones esenciales del contrato principal previamente suscrito.
- c. La posibilidad de realizar iniciar un nuevo procedimiento de contratación, si del análisis de los elementos de juicio se concluye que es más conveniente la intervención de un nuevo contratista y la no continuidad del contratista inicial en aplicación de las figuras de *modificaciones sobrevenidas*.

Sin perjuicio de lo señalado, lo ideal sería realizar un análisis previo de las posibles *modificaciones sobrevenidas* que pudieren darse y establecer los parámetros de procedencia en el respectivo pliego que regirá el procedimiento de contratación, ya que este ejercicio permitiría:

- Conocer las causales y elementos considerados necesarios para proceder a la aplicación del contrato complementario –en general–.
- Evitar la publicación de pliegos incompletos e incorrectos, ya que si bien dichos documentos no puedan ser perfectos pueden ser perfectibles, particularmente si los autores de los mismos, conocen de las responsabilidades en las que pueden incurrir si el objeto

³⁶³ María Fernanda Guerrero Orellana, “Derecho de la Libre Competencia y la importancia de la Regulación en Contratación Pública” (tesis de especialización, Universidad de Castilla de la Mancha / Consultores Estratégicos Asociados CEAS, 2013), citada por Inés María Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 247.

³⁶⁴ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 349.

contractual es subvalorado, o si como consecuencia de las modificaciones se pretende sobrevalorarlo.

- Si del análisis de los porcentajes se concluye que a futuro podría incurrirse en un significativo aumento del presupuesto originalmente establecido, podría realizarse un nuevo estudio de mercado y evitar así contrataciones a precios irreales.
- Impedir que a pretexto de *modificaciones sobrevenidas*, se contrate prestaciones que carezcan del carácter de imprevistos y se pretenda suplir deficiencias de los servidores públicos y de la adecuada gestión institucional.
- Manejo adecuado de la información relativa a las *modificaciones sobrevenidas*, tanto internamente, con el fin de identificar posibles irregularidades en cuanto al manejo de las figuras legales aplicables a servicios, incluidos los de consultoría u obras, según el caso; y, también en el plano externo, particularmente para conocimiento de otras administraciones públicas.³⁶⁵

Asimismo la doctora Baldeón Barriga, menciona que las *modificaciones sobrevenidas*, deben integrarse con márgenes de porcentajes a las *prestaciones complementarias*, ya que las propuestas considerablemente bajas, no necesariamente implican que sea conveniente para la entidad contratante, puesto que podrían estar ocultando la intención –ya sea interna o externa a la institución–, de promover posteriormente supuestas causas técnicas o imprevistas, para incrementar el valor del contrato principal, insistiendo en la adecuada aplicación de las mencionadas modificaciones, sobre la base de justificativos claros y precisos, debiendo por tanto sospecharse de: las contrataciones que impliquen el agotamiento de los porcentajes máximos previstos para los contratos complementarios, rubros nuevos (servicios y obras), órdenes de cambio y de trabajo (obras); y, de la constante aplicación de las

³⁶⁵ Información y documentación que podría ser examinada y bien utilizada por el Servicio Nacional de Contratación Pública, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, la Secretaría Técnica de Transparencia de Gestión, por mencionar algunas.

referidas figuras legales en sus contratos por parte de una misma entidad contratante.³⁶⁶

Sobre esta última idea, Carlos Baldeón Barriga, considera que la LOSNCP debería definir los *conceptos jurídicos indeterminados*,³⁶⁷ lo que por simple eliminación permitiría identificar las situaciones bajo las cuales no procederían las modificaciones al contrato original, mientras ello sucede, los instrumentos para evitar incremento desmesurado del valor de los contratos principales hasta acercarse a los límites previstos en la normativa, la mejor herramienta la constituyen los documentos precontractuales, principalmente los estudios completos, definitivos y actualizados.³⁶⁸

3.7. Contratación directa por terminación unilateral de contrato.

La LOSNCP prevé entre las causas de terminación de los contratos, su terminación unilateral y anticipada, dentro de la cual encontramos a su vez siete subespecies para su procedencia:³⁶⁹

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;³⁷⁰
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; es decir cinco (5%) del valor de aquel.³⁷¹
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la LOSNCP;³⁷²

³⁶⁶ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 349-50.

³⁶⁷ Circunstancias técnicas e imprevistas, ampliación, modificación y complementación de contrato principal.

³⁶⁸ Baldeón Barriga, *Sistema Nacional de Contratación Pública – Reflexiones Relevantes*, 62-3.

³⁶⁹ Artículo 92 numeral 4, y artículo 94 numerales 1 y 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

³⁷⁰ Debo mencionar que en el caso de *quiebrame* refiero a una persona jurídica; y tratándose de *insolvencia*, de una persona natural.

³⁷¹ No obstante, el inciso segundo del artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que en los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez por ciento (10%) de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte por ciento (20%) de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. Cuando ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiese accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato –si se hubiere rendido–,³⁷³ ni se inscribirá al contratista como incumplido.³⁷⁴

Ahora bien, si hubiere mediado la terminación anticipada y unilateral del contrato, el último inciso del artículo 95 de la ley objeto de análisis, prevé la posibilidad de que la respectiva entidad, contrate de manera directa e inmediatamente el objeto contractual que fue terminado, de conformidad con el procedimiento que establecido en el Reglamento General de la LOSNCP, que contiene dos artículos innumerados a continuación del artículo 146. El primero de ellos establece el procedimiento de contratación a seguir, que lo puedo resumir así:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá resolución de inicio del procedimiento de contratación directa y dispondrá su publicación en el portal de compras públicas en el término máximo de veinticuatro (24) horas desde que fue emitida. Dicho acto deberá indicar el nombre del proveedor a ser invitado con la verificación del

³⁷² Cabe mencionar que el artículo 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que, si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de dicha ley, la entidad contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista; y, que a partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicare para el efecto. Concluye diciendo además que, si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar.

³⁷³ Los incisos cuarto y quinto del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establecen que no se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago; y, en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, que para el año 2015 sería US \$ 72.634,24.

³⁷⁴ En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, según lo prevé el último inciso del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios; y, se adjuntará el pliego respectivo.

2. En el término máximo de hasta cinco (5) días desde que se publicó la resolución de inicio, el proveedor invitado manifestará su aceptación a concluir la ejecución contractual y remitirá su oferta conforme al pliego.³⁷⁵
3. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado procederá con la adjudicación –de ser procedente– mediante resolución debidamente motivada, que deberá notificarse a través del señalado portal en el término máximo de veinticuatro (24) horas contado a partir de su expedición; o, en su defecto declarará desierto el proceso –según la normativa general–.
4. La firma del contrato observará lo previsto la LOSNCP y su reglamento general de aplicación.

Adicionalmente, el segundo artículo innumerado prescribe que, si como consecuencia de la celebración de un contrato luego de la terminación unilateral de otro, se produjera una nueva terminación anticipada y unilateral, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, aplicará lo establecido en el primer artículo innumerado para una nueva contratación; es decir se puede repetir nuevamente el procedimiento antes expuesto.³⁷⁶

Es importante destacar que el último inciso del artículo 95 de la LOSNCP, previo a su reforma de finales de 2013,³⁷⁷ establecía que una vez declarada la terminación unilateral, la entidad contratante podía volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado anticipadamente, observando el procedimiento de cotización previsto en la aludida ley; lo que evidentemente implicaba un procedimiento de selección, que fue normado para su aplicación mediante Resolución INCOP No. 033-09 de 18 de septiembre del 2009,

³⁷⁵ En el caso de que el proveedor previamente escogido no presente su oferta, la entidad contratante puede iniciar nuevamente el procedimiento con un oferente distinto.

³⁷⁶ Los artículos innumerados fueron incorporados al Reglamento General Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, previo a la promulgación de la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP (R.O. No. 100 de 14 de octubre de 2014); esto es mediante Decreto Ejecutivo No. 153, que fuera publicado dos veces en el Registro Oficial (R.O.-S. No. 134 de 29 de noviembre de 2013; y, R.O.-S. No. 147 de 19 de diciembre de 2013).

³⁷⁷ Incorporada por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 100 de 14 de octubre de 2014.

por el entonces INCOP.³⁷⁸ Al establecer la contratación directa, personalmente considero un retroceso en la articulación y armonización que debería darse entre las leyes orgánicas del Sistema Nacional de Contratación Pública y de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Igualmente reprochables resultan las disposiciones primera y segunda del Reglamento General de la LOSNCP, incorporadas a dicha normativa conjuntamente con los artículos innumerado, considerando que establecen –en el primer caso–, que los procedimientos de contratación directa se observarán en todos los casos en que se haya producido una terminación unilateral, incluidos los realizados antes de la promulgación de la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, –en el segundo caso– disponiendo que los procedimientos de cotización que como consecuencia de una terminación unilateral se encontraban tramitándose, según la normativa que estuvo vigente antes de la expedición de la mencionada ley reformativa, debían –imperativamente– declararse cancelados o desiertos, respectivamente, para iniciar un nuevo procedimiento de contratación en observancia de las disposiciones contenidas en el decreto ejecutivo que incorporó los artículos innumerados señalados en párrafos precedentes.

Por tales razones, comparto el criterio de la doctora Baldeón Barriga, quien manifiesta que la contratación directa procedente de la terminación unilateral del contrato, es un procedimiento susceptible de arbitrariedades por parte de las entidades contratantes, sobre si tomamos en cuenta que la única razón a ser invocada para proceder a contratar directamente es precisamente la terminación anticipada y unilateral que la decide la propia contratante por intermedio del Administrador del Contrato,³⁷⁹ a quien se le atribuye amplias facultades legales –y que por mandato de la propia ley suelen ser replicadas y desarrolladas contractualmente–, para proceder con su ejecución, especialmente respecto de los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos, contratos complementarios, terminación del contrato, ejecución de garantías, aplicación de multas y sanciones, y recepciones. Así mismo está autorizado para tomar las medidas necesarias para la adecuada ejecución

³⁷⁸ Publicada en el Registro Oficial No. 75 de 26 de noviembre de 2009. Subrayo además que el artículo 22 numeral 2 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (R.O. No. 100 de 14/10/2014), modificó el inciso final del artículo 95 de la LOSNCP, que establecía la aplicación del procedimiento de cotización ante la terminación unilateral del contrato.

³⁷⁹ Artículo 70 y 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

contractual, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos,³⁸⁰ potestades de las que se podría abusar.

Igualmente comparto la teoría de que se debería reformar nuevamente el último inciso del actual artículo 95, con el fin de que sea el siguiente ofertante, según el orden de prelación del proceso de contratación inicial, el que asuma la calidad de contratista para continuar con la ejecución del objeto contractual inconcluso; arrogándole las mismas condiciones de ejecución del contratista y contrato original; y, únicamente en el caso de que el segundo postulante no aceptare expresamente, ahí sí proceder a aplicar la contratación directa.³⁸¹

La propuesta no sería novedosa y se encuentra establecida para el caso de los adjudicatarios fallidos, ya que en los procesos de contratación que no son adjudicados al respectivo oferente –cuando éste no celebrare el contrato por causas que le sean imputables–, existe la posibilidad de acudir al participante que quedó en segundo lugar; siempre que convenga a los intereses nacionales o institucionales; y, en el caso de que fuere posible hacerlo, el procedimiento será declarado desierto por oferta fallida; haciendo constar motivadamente en la respectiva declaratoria, los justificativos para la no adjudicación al segundo lugar.³⁸²

Como corolario del presente acápite, resulta curioso que en la reforma de octubre de 2013, se modificó lo relacionado en cuanto a adjudicatarios fallidos permitiendo la contratación con el subsiguiente participante según el orden de prelación; pero no se aplicó el mismo criterio para el caso de terminación anticipada y unilateral del contrato, y por el contrario se incluyó la figura de contratación directa en reemplazo del proceso de selección según el trámite previsto para la cotización, en evidente desmedro del principio de libre competencia.

³⁸⁰ Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 360.

³⁸¹ *Ibíd.*, 361.

³⁸² Artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. En cuanto al Derecho de la Competencia en el Ecuador, tuvieron que transcurrir trece años desde 1998 y en ese período discutir y analizar ocho proyectos de ley para llegar a tramitar, debatir y promulgar la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, lo que a nivel de la región implicó que el Ecuador sea el penúltimo país en expedir dicha normativa, ya que Paraguay hizo lo propio en el año 2013.
2. La LORCPM estructura separadamente la institucionalidad de regulación y control del poder de mercado, correspondiéndoles a la Junta de Regulación y a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), dichas atribuciones respectivamente; lo que sin duda tendría como propósito, constituir las en administraciones públicas independientes, con el fin de garantizar que la SCPM pueda cumplir con sus principales facultades, particularmente: asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; procurar la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso del poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales; y el control, autorización, y la sanción de la concentración económica.
3. A propósito de las reformas en el ámbito de la Función Judicial, en mi criterio, se debería considerar como importante y necesaria la formación de jueces de la instancia contenciosa administrativa, en materia de Derecho de Competencia, de tal forma que complementen la actuación de la SCPM, ya que generalmente el desconocimiento de ramas especializadas, tiene como principal implicación echar a perder el trabajo de la instancia administrativa, por el desconocimiento de los operadores de justicia, de la normativa de regulación y control del poder de mercado, que como tal tiene especialidad y complejidad propias.
4. Evidentemente a partir de la promulgación de la nueva Constitución de la República se han producido profundas reformas en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en las ramas del derecho que son objeto de la presente investigación. No obstante, cabe mencionar que al haberse expedido las leyes orgánicas del Sistema Nacional de Contratación Pública y de

Regulación y Control del Poder de Mercado en períodos distintos, en mi particular criterio sería recomendable armonizar ambas legislaciones, con el fin de que sean complementarias, ya que en materia de contratación pública se producen conductas que deberían sancionarse al amparo de lo dispuesto en la legislación de la competencia, más cuando el Estado es el principal comprador del mercado y como tal desde ese nivel de repercusión económica el que más atención debería tener en lo relativo a la contratación de las obras, bienes y servicios que requiere.

5. Con el enfoque teórico y práctico adecuados, la vigencia y aplicación de las legislaciones de contratación pública y control del poder de mercado, sin duda alguna constituyen herramientas fundamentales para la transformación de la matriz productiva, e instrumentos indispensables para el cumplimiento de ciertos objetivos específicos del Plan Nacional de Desarrollo, y en consecuencia, la consecución del *buen vivir* o *sumak kawsay*.
6. Si bien en la LOSNCP se encuentra establecido el principio de concurrencia, evidentemente según mi opinión se establecen algunos límites en su aplicación, particularmente en cuanto a los procedimientos de contratación del Régimen Especial y procedimientos especiales previstos en dicha ley, debido fundamentalmente a que la publicación de la LOSNCP, fue prácticamente tres años antes de la promulgación de su par de regulación y control del poder de mercado.
7. Además del poder de mercado *natural* que podrían obtener los operadores económicos del sector público, existe un poder de mercado al que he denominado *legal*, por cuanto se encuentra establecido en la Constitución de la República y en la ley; pero que no es razón suficiente para que dicha situación implique unaeventual, en mi criterio “huida del Derecho de la Competencia”, basada en la naturaleza pública de los agentes económicos, sino que por el contrario, deberían obedecer a situaciones objetivamente justificadas y razonamientos apropiadamente motivados.
8. Existen procedimientos de Régimen Especial en los que se aplica el principio de libre competencia aparentemente de forma plena (realizados por convocatoria); otros en los cuales se estaría aplicando de manera restringida (realizados por invitación a cierto número de proveedores); y, finalmente

aquellos en los que no se aplica en lo absoluto dicho principio (invitación directa), razón por la que en estos últimos en particular, resulta de vital importancia la interdicción o regulación de la discrecionalidad de los funcionarios de los poderes adjudicadores, con el fin de que no se tomen decisiones arbitrarias, que lo único que provocan es ausencia de competencia entre operadores económicos y un eventual perjuicio a los intereses públicos.

9. Además de los procedimientos de contratación de Régimen Especial, existen otras figuras previstas en la LOSNCP, en las que evidentemente el principio de libre competencia desaparece; y, aun cuando se tratan de figuras legalmente establecidas, detrás de tales situaciones se pueden estar encubriendo acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, que deberían sancionarse, al amparo de la normativa vigente, muchas de ellas vinculadas ya no con la etapa precontractual, sino producidas durante la ejecución misma de los contratos suscritos.
10. Sería apropiado que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y el Servicio Nacional de Contratación Pública, trabajen conjuntamente en la revisión de los procesos de contratación pública así como en la ejecución misma de los contratos, con el fin de identificar posibles afectaciones a la libre competencia, y en función de ello estén en la posibilidad de articular acciones vinculadas y coordinen la aplicación de sanciones a quienes siendo proveedores, actúen como operadores económicos que convengan y practiquen restricciones a la competencia, de tal forma que se vayan sentando precedentes que contribuyan a una mejor aplicación teórico-práctica de las leyes orgánicas que rigen las materias objeto de análisis en la presente investigación.
11. También en la misma lógica señalada en el número precedente, sería muy importante que los operadores públicos, responsables de realizar procesos precontractuales y/o que estén encargados de la administración de los contratos, conozcan que más allá del contenido jurídico recogido en la normativa propia de la Contratación Pública, ésta por su carácter y connotación económica, tiene directa relación con el mercado de obras, bienes y servicios, por lo que necesariamente tiene una vinculación con normas de Competencia, que les debe en esa perspectiva estimular y obligar a

entender la necesidad de motivar el por qué se escoge un determinado procedimiento de contratación, cómo se justifican las evaluaciones realizadas por las comisiones técnicas, cómo se motivan las adjudicaciones, cancelaciones, declaraciones de desierto de los procesos; cuándo y en qué circunstancias justificadas se deben terminar unilateral y anticipadamente los contratos, cuándo se debe incrementar su monto por circunstancias sobrevenidas a la ejecución contractual. En definitiva entender que no solo desde la forma sino también desde el fondo, hay una realidad económica que subyace en las contrataciones con el adicional que los recursos económicos que están en juego tiene naturaleza y carácter público y por lo tanto tienen una doble connotación desde el objetivo de no afectar o distorsionar el mercado y también conjuntamente con ello, de precautelar los recursos económicos en juego con criterios no solo de eficacia sino también de eficiencia.

12. Todo lo anterior se orienta entonces a ratificar la necesidad de que exista una especialización y profesionalización cada vez mayor de los actores que intervienen en esos procesos y que pertenecen al sector contratante y al contratista, y que debe implicar un refuerzo del proceso de planificación que priorice y permita la ejecución de proyectos con criterios de oportunidad, transparencia y en cautela general de los principios rectores de la Contratación Pública y de la Competencia, que no son contradictorios sino que actúan en una lógica de interdisciplina complementaria.

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones:

- Albán Romero, Víctor Hugo. *La Matriz Productiva y el Buen Vivir*. Quito: Colegio de Economistas de Pichincha, 2014.
- Aspas, José Manuel. “Contratación Verbal”. En José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 153-4. Madrid: Iustel, 2009.
- Benavides Ordoñez, Jorge. “Del bien común al buen vivir”. En Luis Fernando Ávila Linzán, edit., *Política, justicia y Constitución*, 239-254. Quito: Corte Constitucional / Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Ediciones Abya Ayala / Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- Baldeón Barriga, Carlos. *Sistema Nacional de Contratación Pública – Reflexiones Relevantes*. Quito: Tallpa Publicidad, 2012.
- Baldeón Barriga, Inés María. *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.
- Baldeón Barriga, Inés María, y Carlos Baldeón Barriga. *Sistema Nacional de Contratación Pública – Análisis y comentarios sobre los nuevos procedimientos de contratación vigentes*, 2ª. ed. Quito: Mikarian, 2011.
- Escartín Escudé, Víctor. “Principios Generales de la Contratación Pública”. En José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 501-9. Madrid: Iustel, 2009.
- Galarza Erazo, Jaime. “Transformación de la matriz productiva”. En Colegio de Economistas de Pichincha, edit. *Análisis Económico* 25. Quito: Colegio de Economistas de Pichincha, 2013.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomas-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. Lima-Bogotá: Palestra / Temis, 2011.
- Guerrero Orellana, María Fernanda. “Derecho de la Libre Competencia y la importancia de la Regulación en Contratación Pública”. Tesis de especialización. Universidad de Castilla de la Mancha / Consultores Estratégicos Asociados CEAS, 2013. En Inés

- María Baldeón Barriga. *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, (2015): 247.
- Cabanellas de Torres,Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*,t. II y t. IV. Buenos Aires: Heliasta, 2009.
- Cortázar Mora,Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*.Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Ed. Temis, 2011.
- Dromi,Roberto. *Derecho Administrativo*,10ª. ed.Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004.
- Grijalva Jiménez,Agustín. “La Constitución económica del Ecuador”.En Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez, edit.,*Estado, derecho y economía*.Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- Jara Vásquez,María Elena. “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”.En Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez, edit.,*Estado, derecho y economía*.Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- López Arévalo,William. *Tratado de Contratación Pública*,t. I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.
- López-Ibor Mayor, Vicente, y Martha Gómez Jaramillo. “Diálogo Competitivo”.En José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 280-4. Madrid: Iustel, 2009.
- Marcos, Francisco. *Una política de competencia para la República del Ecuador*, s. 1., 2016.EnMaría Elena Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, (2013): 202.
- Moreno Molina,José Antonio. “Procedimiento Negociado”.En José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 526-32. Madrid: Iustel, 2009.
- Ordóñez Solís,David. *La Contratación Pública en la Unión Europea*.Navarra: Aranzadi, 2002.
- Pérez,Antonio José, Daniel López y José Luis Aguilar. *Manual de Contratación Pública*.Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Pérez Camacho,Efraín. *Derecho Administrativo*,3ª. ed., t. II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

- Pérez Ruales, Nicole. “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit. *Constitución 2008 en el contexto andino*, 201-223. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Riofrío, Ángel. *El Ecuador sin petróleo*, *Martes Económico* No. 212 (29 de diciembre de 1992). En Jaime Galarza Erazo, “Transformación de la matriz productiva”, *Análisis Económico*, 25, (2013): 69.
- Rivadeneira Barba, Andrea. “Régimen Especial, procedimientos contractuales efectivos y transparentes”. *ECUADORCOMPRA: Revista de la Contratación pública*, No. 4 (julio de 2013): 3.
- Rivas Ordóñez, Libia, y Nelson López Jácome. *Interrogantes y respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública*, 2ª. ed. Quito: Nina Comunicaciones, 2009.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017 (Versión Resumida)*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013.
- Silva Portero, Carolina. “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit. *Constitución 2008 en el contexto andino*, 111-154. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Soriano García, José Eugenio. “El papel del Estado y de sus agencias en un contexto de regulación”. En Marco Velilla, dir. *Derecho de la Competencia*, Bogotá: Bibliotheca Millenio / El Navegante Editores, 1998.
- Tapia Rosales, Stefani. “La Contratación Pública Interadministrativa en Régimen Especial con Entidades del Sector Público de acuerdo al numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Tesis de abogacía, Universidad San Francisco de Quito, 2013.
- Tena Piazuelo, Vitelio. “Procedimiento Restringido”. En José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 533-7. Madrid: Iustel, 2009.
- Troya Jaramillo, José Vicente. “El modelo económico, financiero y tributario de la Constitución 2008”. En Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

- Vaz, Isabel. “Las tres vertientes del derecho de la competencia”. En Carlos María Correa, dir. *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, 293-309. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- Velilla Moreno, Marco Antonio. “El derecho de la competencia y el sector público”. En Jorge Molina y otros. *Compilación de documentos sobre derecho de la competencia*, 77-106. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana, 2000.
- Viciano Pástor, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia, 1995. En María Elena Jara Vásquez, “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, (2013): 215.

Normativa:

- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial*, No. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Código Civil, codificación. Registro Oficial Suplemento*, No. 46, de 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código del Trabajo, codificación. Registro Oficial Suplemento*, No. 167, de 16 de diciembre de 2005.
- Ecuador. *Código Tributario, codificación. Registro Oficial Suplemento*, No. 38, de 14 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Registro Oficial Suplemento*, No. 306, de 22 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Registro Oficial Suplemento*, No. 351, de 29 de diciembre de 2010.
- Ecuador. *Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial Suplemento*, No. 332, de 12 de septiembre de 2014.
- Ecuador. *Ley de Compañías, codificación. Registro Oficial*, No. 312, de 12 de septiembre de 2014.
- Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial Suplemento*, No. 595, de 12 de junio de 2002.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento*, No. 48, de 16 de octubre de 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento*, No. 555, de 13 de octubre de 2011.

Ecuador. *Ley de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial Suplemento*, No. 463, de 17 de noviembre de 2004.

Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento*, No. 395, de 4 de agosto de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial*, No. 100 de 14 de octubre de 2014.

Ecuador. *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento*, No. 588, de 12 de mayo de 2009.

Ecuador. *Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial*, No. 697, de 7 de mayo de 2012.

Ecuador. *Decreto Ejecutivo No. 1515 de 15 de mayo de 2015. Registro Oficial Suplemento*, No. 5 de 31 de mayo de 2013.

Ecuador. *Decreto Ejecutivo No. 687 de 25 de mayo de 2015. Registro Oficial*, No. 521 de 12 de junio de 2015.

Ecuador. *Resolución INCOP No. 033-09 de 18 de septiembre del 2009. Registro Oficial*, No. 75 de 26 de noviembre de 2009.

Ecuador. *Resolución INCOP No. 041-2010 de 23 de marzo de 2010. Registro Oficial Suplemento*, No. 169 de 12 de abril de 2010.

Ecuador. *Resolución INCOP No. 045-2010 de 9 de julio de 2010. Registro Oficial Suplemento*, No. 254 de 10 de agosto de 2010.

Ecuador. *Resolución INCOP No. 051-2011 de 16 de septiembre de 2011. Registro Oficial*, No. 612 de 6 de enero de 2012.

Ecuador. *Resolución INCOP No. 057-2012 de 7 de marzo de 2012, publicada en el Registro Oficial*, No. 398 de 19 de febrero de 2013.

Ecuador. *Acuerdo Ministerial No. 3094 de 15 de marzo de 2013. Registro Oficial* No. 927 de 5 de abril de 2013.

Fuentes obtenidas de internet y publicaciones electrónicas:

〈<http://www.revistalideres.ec/lideres/jorge-glas-cambiar-estructura-economica.html>〉.
Consulta: 11 de julio de 2015.

⟨<http://www.energia.gob.ec/ministerio-de-electricidad-y-energia-renovable-presento-el-primer-atlas-eolico-del-ecuador/>⟩. Consulta: 12 de julio de 2015.

Fiscalía Nacional Económica. “Compras Públicas y Libre Competencia”. *Serie: Sector Público y Mercados* (abril de 2011): 9. ⟨<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%ABlicas-Abr2011.pdf>⟩

Naciones Unidas. “Ley tipo de defensa de la competencia”. (30 de agosto de 2010): 11, 25. ⟨http://unctad.org/es/Docs/tdrbpconf7L1_sp.pdf⟩

Serrano-Pinilla, Felipe. “El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 19 (2011): 163-170. ⟨<http://www.leyex.info/magazines/Art5IntLaw19.pdf>⟩